

LE
POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

DU
PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera présenté et soutenu le Mercredi 23 Mai 1900, à 10 heures

PAR

EUGÈNE RAIGA

Président : M. F. LARNAUDE, professeur.
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur.*
 { *LESEUR, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE** et **FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1900



THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

DU
PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera présenté et soutenu le Mercredi 23 Mai 1900, à 10 heures

PAR

EUGÈNE RAIGA

Président : M. F. LARNAUDE, professeur.
Suffragants { MM. CHAVEGRIN, professeur.
LESEUR, professeur.



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE et FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE. Directeur de la Librairie

—
1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

DU

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

INTRODUCTION

DIVISION DU SUJET

Plus la doctrine du *laissez faire* perd du terrain, plus s'accroît le rôle de l'Etat et conséquemment l'activité législative. Dans notre démocratie, on est amené à demander de plus en plus à la loi aide et protection pour tous ceux qui se trouvent placés dans des conditions d'infériorité sociale. La lutte pour l'existence âpre et cruelle met aux prises les intérêts et les égoïsmes, et les victimes dolentes de ces combats passionnés tournent vers le législateur des regards suppliants. Les lois succèdent aux lois, c'est la fatalité de notre temps. Il ne faut pas s'en plaindre si ces lois sont bien faites et si, sans paralyser l'énergie individuelle, elles tendent à assurer plus de justice dans les rapports sociaux, et plus de garanties aux faibles contre les entreprises des forts.

D'ailleurs, l'action du législateur se produit sous le regard et le contrôle de tous. Les discussions publiques à la Chambre des députés et au Sénat, les discussions dans la presse et dans les réunions, les élections législatives fréquentes, permettent au corps électoral de s'initier à tous les mystères de l'œuvre législative et d'y prendre part en quelque sorte. Nulle loi, nulle disposition qui n'ait été délibérée en pleine lumière, nulle règle impérative ou prohibitive qui n'ait été au préalable l'occasion de débats solennels. Tout citoyen est en situation de les connaître, de les critiquer, d'en solliciter au besoin la modification. Les lois sont nombreuses, mais votées avec le maximum de garanties. Chacun a plus ou moins volontairement et en connaissance de cause adhéré par avance aux prescriptions ou aux défenses auxquelles, dès lors, il sera tenu d'obéir.

Mais nous n'obéissons pas seulement aux lois édictées par le Parlement. L'activité législative a pour corollaire obligé une activité égale du pouvoir réglementaire. A côté des lois, les décrets généraux.

Ouvrons un code. Nous y trouvons presque autant de textes portant le nom de décrets que de textes portant le nom de lois.

Le mécanisme législatif et son fonctionnement sont décrits partout. Les organes sont à découvert, et nous savons comment agir pour leur donner l'impulsion, modérer leur marche ou réparer leurs erreurs.

Il n'en est pas de même du mécanisme réglementaire.

Celui-ci est plus en dedans. Il ne fonctionne pas à l'air libre. Les décrets sont promulgués sans discussion publique. On ne connaît que le résultat des délibérations à huis clos. Tout au plus sait-on, par un court exposé de motifs, pourquoi de nouvelles règles nous sont imposées. Elles sortent comme d'une source souterraine. Si nous sommes destinés, par la force des choses, à voir de plus en plus soumises à leur empire les mille circonstances de notre vie, il est intéressant de rechercher dans quelles conditions elles peuvent légitimement surgir et commander nos actions.

Tel est précisément le but de cette étude.

Aucun ouvrage, croyons-nous, n'a traité jusqu'ici ce sujet avec tous les développements qu'il peut comporter (1). Les auteurs, dans les livres de droit constitutionnel ou de droit administratif, se sont bornés à exposer à grands traits les principes généraux. Quelques articles de revues, dont nous avons fait notre profit, ont étudié particulièrement et d'une façon plus approfondie certains côtés de la question. Mais les renseignements sont épars, et c'est dans les différents recueils de jurisprudence que nous en avons fait la plus abondante moisson. Sans avoir la prétention de tout dire, nous tenterons de donner à cette matière les éclaircissements les plus utiles et de présenter, en recourant à la méthode historique,

1. Cormenin signale un commentaire de l'art. 14 de la Charte de 1814 par Isambert, édité en 1819. Nous n'avons pu nous le procurer.

une analyse aussi consciencieuse que possible des grands principes qui la régissent.

Nos efforts tendront à déterminer la nature juridique des règlements, les conditions de leur légalité, les sanctions qui les accompagnent, les garanties et voies de recours qui prémunissent les citoyens contre les abus qui peuvent survenir, enfin les règles d'abrogation.

Les actes réglementaires du Président de la République se divisent en deux catégories :

1° Les décrets réglementaires spontanés ;

2° Les règlements d'administration publique rendus conformément à une disposition spéciale du législateur.

Ces décrets ont entre eux des caractères communs et se distinguent par des différences. Nous grouperons dans les premiers chapitres toutes les règles et théories qui s'appliquent aux uns et aux autres, et ensuite nous étudierons à part celles qui sont particulières à chaque catégorie.

Mais ces deux sortes de décrets généraux ne concernent que le territoire continental de la France. D'autres actes du Président de la République interviennent pour régler de nombreuses matières intéressant les colonies. Dans ce cas, le chef de l'Etat a des pouvoirs d'une plus grande étendue, d'une origine et d'une nature tout à fait à part. C'est par l'examen de ces prérogatives extraordinaires que nous terminerons cette étude qui, ainsi, sera divisée en deux parties.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DES RÈGLEMENTS

SECTION I

Notions générales sur les lois et règlements.

Le principe de la souveraineté nationale étant, depuis 1789, la base de notre droit public, la loi est considérée comme exprimant la volonté même de la nation. Sous l'ancien régime, elle était la traduction de la volonté du roi, en qui s'incarnait la souveraineté totale. Mais qu'elle émane de la nation ou du roi, la loi, à toutes les époques, présente les mêmes caractères généraux qu'il importe, tout d'abord, de dégager.

Qu'est-ce qu'une loi ? Ceci dit, il sera plus facile d'indiquer ce qu'est un règlement et d'en déterminer la nature.

D'après la constitution de 1875, les lois sont les préceptes juridiques adoptés après délibérations publiques,

par la Chambre des députés et le Sénat, sur la proposition soit du Président de la République, soit d'un membre de l'une des deux Chambres (1). Cette définition, en dépit de son exactitude, est toute *formelle* et ne nous renseigne pas sur la nature même de la loi. Faisons donc abstraction de l'organe qui est chargé de l'émettre et recherchons les éléments intimes, essentiels sans lesquels il n'y a pas de loi et dont la réunion, sous tous les régimes et dans tous les pays, la constituent et la font reconnaître. « La loi, dit excellemment M. Esmein, est une règle impérative ou prohibitive qui statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours (2). » Tels sont les caractères communs à toute loi, quel que soit son objet. Qu'il s'agisse en effet des lois réglant les rapports publics, — lois constitutionnelles —, ou bien l'organisation de tel ou tel grand corps de l'Etat, — lois organiques —, ou bien les rapports des citoyens entre eux, ou les rapports des citoyens ou des groupes collectifs avec l'Etat, — lois ordinaires —, dans tous ces cas, nous serons en présence d'un principe général de droit, visant l'avenir et obligatoire pour tous.

Si le législateur établit des règles abstraites et statue pour l'ensemble d'un vaste territoire, il est de toute évidence qu'il ne peut tout prévoir, ni les obstacles pouvant résulter des circonstances de temps ou des circonstan-

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, p. 14.

2. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 2^e édition, p. 10.

ces de lieu, ni les conditions contingentes et transitoires d'application. Tout n'est donc pas dit dans la loi et quand il s'agira de la mettre à exécution, c'est-à-dire, d'imposer les directions qu'elle ordonne, il faudra souvent donner aux principes très compréhensifs qu'elle contient, les développements nécessaires et la mettre en état de produire son maximum d'utilité, en un mot, la compléter.

C'est, en quelque sorte, ce prolongement de la loi, qui est l'objet des règlements. « L'office de la loi, disait Portalis dans le discours préliminaire du Code civil, est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés et variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements ».

Illustrons ceci par quelques exemples. Voici la loi du 27 février 1880 relative au Conseil supérieur de l'instruction publique et aux Conseils académiques. L'article 1^{er} de cette loi règle la composition du Conseil supérieur. En font partie, entre autres : cinq membres de l'Institut, élus en assemblée générale et choisis dans chacune des cinq classes ; deux professeurs du Collège de France, élus par leurs collègues ; un professeur du Muséum. élu par ses collègues, etc. Bornons-nous à cet

énoncé. Voici donc un principe général posé. Pour les personnes ci-dessus mentionnées, on devra recourir à des élections, mais comment et dans quelles conditions ? Le législateur est muet sur ce point. Cependant diverses questions se posent, qui ne sont pas résolues. Qui fixera la date de l'élection quand il y aura lieu d'y procéder ? L'élection aura-t-elle lieu au scrutin secret ou à bulletin ouvert ? En cas de vacance, par décès ou démission, dans quel délai y sera-t-il pourvu ?... Autant de « précautions provisoires et accidentelles » négligées par le législateur et qui pourtant doivent nécessairement être arrêtées pour assurer, par des élections uniformes, la composition du Conseil supérieur selon le vœu de la loi. Mais en ne posant que des principes généraux, le législateur a rempli son office. Volontairement il n'est pas allé plus loin, et tacitement, il a abandonné au pouvoir exécutif la mission de parcourir le reste du chemin. Un décret réglementaire interviendra pour combler ces lacunes. Précisément un décret en date du 16 mars 1880, rendu spontanément par le Président de la République est venu déterminer les diverses conditions de l'élection des membres du Conseil supérieur, etc... L'art. 1^{er} de ce décret décide que c'est le Ministre de l'Instruction publique qui, par un arrêté, fixe l'époque des élections. Un délai minimum de quinze jours est obligatoire entre la publication de l'arrêté au *Journal officiel* et les élections. L'élection a lieu au scrutin secret et à la majorité absolue des suffrages (art. 2). En cas de vacance, il y est pourvu dans le

délai de trois mois (art. 3), etc., etc... Ce règlement développe et complète la loi, il fixe, à son tour, d'autres règles également d'un caractère général et visant l'avenir.

Voici maintenant la loi du 23 décembre 1874 relative à la protection des enfants du premier âge. Le principe capital de cette loi excellente et qui a rendu déjà tant de services, est contenu tout entier dans son article 1^{er} : « Tout enfant âgé de moins de deux ans, qui est placé moyennant salaire en nourrice, en sevrage ou en garde, hors du domicile de ses parents, devient par ce fait l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour but de protéger sa vie et sa santé ». Puis les autres articles édictent divers principes relatifs à l'organisation de cette surveillance et créent certaines obligations. Mais le législateur ne pouvant tout régler par lui-même, décide (art. 12) : « Un règlement d'administration publique déterminera : 1^o les modes d'organisation du service de surveillance institué par la présente loi, l'organisation de l'inspection médicale, le traitement de ces inspecteurs...; 2^o les obligations imposées aux nourrices, aux directeurs des bureaux de placement, etc... ».

Ici, nous sommes en présence d'une volonté explicite du législateur qui donne à l'autorité chargée de faire des règlements une tâche déterminée. En conséquence, un décret en date du 27 février 1877 a été édicté pour organiser le fonctionnement des commissions locales prévues par la loi, pour fixer les devoirs et les obligations des

médecins inspecteurs, pourvoir à l'organisation des comités départementaux, à la forme des déclarations imposées à toute personne qui place un enfant en nourrice ou en garde, etc... En un mot, le règlement d'administration publique est venu compléter la loi, la mettre en œuvre et lui permettre de porter toutes ses conséquences.

Cet acte réglementaire ne diffère en rien, quant au fond, de celui qui a fait l'objet de notre premier exemple. L'un et l'autre en effet statuent pour l'avenir et à l'égard de tous, et, à ce point de vue, ont tous les caractères de la loi elle-même. Le règlement d'administration publique ne diffère du premier que par sa forme. Dans ce cas, le Conseil d'Etat est appelé nécessairement à donner son avis. Nous aurons d'ailleurs, à insister plus tard sur la forme des règlements.

La nature des actes réglementaires nous apparaîtra avec plus de netteté encore dans les matières de police. La police administrative, en effet, a ce but vague et complexe de veiller au maintien de l'ordre public, de prévoir les événements fâcheux qui peuvent se produire et de prendre les mesures en vue de les empêcher. La police administrative est avant tout préventive. C'est là une matière mouvante, dans laquelle la loi ne peut point s'aventurer; les dangers qui menacent l'ordre public changent à chaque instant de nature; le règlement seul est assez souple et assez rapide pour réussir à y parer. Aussi en matière de police, les lois sont-elles rares et courtes. Elles se bornent généralement à indi-

quer les trois faits principaux qui constituent l'ordre public : la tranquillité, la sécurité, la salubrité (1). Et elles s'en remettent au pouvoir réglementaire du soin de prendre les mesures nécessaires.

Preñons, par exemple, l'ordonnance du 18 juin 1823, portant règlement sur la police des eaux minérales et mettant en œuvre le principe de salubrité publique. Il s'agit là de prescriptions qui, par leur importance, participent vraiment de la nature de l'acte législatif. Cette ordonnance, en effet, qui s'applique à tout le territoire, porte atteinte à la liberté de l'industrie, en réglementant l'exploitation des eaux minérales. D'après cet acte, toute entreprise ayant pour effet de livrer ou d'administrer au public des eaux minérales naturelles ou artificielles, demeure soumise à une autorisation préalable et à l'inspection d'hommes de l'art. Puis les conditions de l'autorisation sont déterminées, l'inspection organisée. Cette inspection a pour objet de veiller dans chaque établissement à tout ce qui importe à la santé publique. De là découlent des règles impératives et prohibitives édictées dans l'intérêt commun, visant l'avenir et obligeant tous les citoyens. Cet acte réglementaire sans doute n'a fait que reproduire les dispositions de règlements antérieurs à la Révolution ; il n'en constitue pas moins une quasi-loi.

Cette ordonnance nous permettra d'indiquer une autre

1. Hauriou. *Droit administratif*, 2^e édit., p. 38.

sorte de règlements ne s'appliquant plus, comme ceux dont nous avons parlé, au territoire tout entier, mais seulement à une portion du territoire. L'article 8 dit en effet : « Partout où l'affluence du public l'exigera, les préfets, après avoir entendu les propriétaires et les inspecteurs, feront des règlements particuliers qui auront en vue l'ordre intérieur, la salubrité des eaux, leur libre usage, la protection particulière due aux malades dans tous établissements placés sous la surveillance spéciale de l'autorité. » Voilà un nouvel aspect des règlements. Ceux-ci sont bornés à une région déterminée. Mais ils comprendront des règles impératives et prohibitives, statuant dans l'intérêt commun et pour l'avenir, comme la loi elle-même. Limitée quant au territoire, cette œuvre réglementaire sera de plus soumise au contrôle d'une autorité supérieure (1).

Les arrêtés réglementaires des maires en matière de police municipale, de police rurale et de voirie municipale, dont la portée est limitée au territoire de la commune, ont les mêmes caractères que les diverses catégories de règlements que nous venons d'analyser.

Nous sommes en mesure maintenant de déterminer la

1. En général, le pouvoir réglementaire des préfets est un pouvoir indépendant. Un arrêté réglementaire en effet peut être annulé par le ministre, mais non pas modifié. L'article 9 de l'ordonnance de 1823, consacre une exception à cette règle : « les règlements (du préfet) seront transmis au ministre de l'intérieur qui pourra y faire telles modifications qu'il jugera nécessaires. »

nature des règlements considérés quant au fond et abstraction faite de l'organe qui est chargé de les édicter. Ils nous apparaissent avec les mêmes caractères que les lois dont ils sont en quelque sorte une annexe. S'appliquant à tous sans distinction, ils ont, comme la loi, la généralité de disposition, comme la loi, ils visent l'avenir, comme la loi, ils réglementent les intérêts généraux, comme la loi, ils sont obligatoires pour tous (1). « L'acte réglementaire, dit Dufour, a la même autorité et produit les mêmes effets que l'acte législatif ; il est vrai de dire en ce sens que tout acte réglementaire n'est qu'une loi secondaire » (2).

On objecte cependant que les règlements sont de purs actes d'exécution. Sans doute, compléter la loi c'est une façon d'en assurer l'exécution. Mais on ne peut assimiler les règlements aux actes administratifs proprement dits. Ceux-ci, au lieu de présenter une règle abstraite, se se réfèrent à des cas spéciaux et concrets. Ces actes d'exécution particulière des lois, intervenant chaque jour, sur tous les points du territoire de la part de tous les agents administratifs, représentent l'intérêt général dans ses luttes avec l'intérêt privé. Ils n'ont aucun des

1. Macarel enseigne, d'après M. de Gérando, que les règlements se caractérisent par ces conditions essentielles : « Ils embrassent une certaine généralité dans leur objet ; ils s'étendent dans l'avenir par leur prévoyance ; ils sont impératifs et obligatoires... » Dufour, *Cours de droit administratif*, note de la page 56, t. I.

2. *Ibidem*, p. 58.

caractères de la loi que nous venons de voir communs à la loi et au règlement (1).

L'exécution de la loi donne naissance au règlement, mais le règlement devra lui-même être *exécuté*. Il fera l'objet, comme les lois elles-mêmes, d'actes d'exécution spéciaux et individuels, et ces derniers, dans ce cas, constitueront des actes procurant l'exécution de l'exécution de la loi. Il y a donc là quelque chose de particulier. Et si l'on veut éviter ces cascades de déductions, il faut reconnaître que le règlement, considéré dans sa nature, est un acte de législation complémentaire, une « petite loi ».

Mais si nous faisons intervenir l'organe qui l'édicte, si nous considérons la procédure suivant laquelle il est rendu, cet acte législatif va recevoir de cette procédure même un cachet juridique déterminé. En France, le Président de la République, chef suprême de la hiérarchie administrative, étant investi de la fonction réglementaire, tous les règlements, comme tous les actes émanant de lui lorsqu'il agit en cette qualité, prennent le nom d'actes administratifs, et sont, en droit, des actes administratifs, non pas parce que, au fond, ils sont tels, mais seulement parce qu'ils sont édictés par le chef de l'administration.

Nous allons voir d'ailleurs que ces actes de nature législative pourraient être accomplis par d'autres organes

1. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7^e édition, t. I, p. 86.

que l'exécutif, que la fonction réglementaire a été et est encore, dans certains pays, tantôt exercée par l'organe judiciaire, tantôt par l'organe législatif lui-même qui se la réserve, et que si, en France, elle est attribuée à l'organe exécutif, c'est moins par des considérations tirées de la nature des règlements que par des raisons d'utilité pratique.

SECTION II

De l'organe investi de la fonction réglementaire.

La fonction réglementaire dérive de la nature des choses. Avant qu'on ne l'organisât, elle existait déjà au moins virtuellement. On a dit qu'elle est née avec l'apparition du principe de la séparation des pouvoirs; en réalité, elle avait surgi d'elle-même sous l'ancien régime, où pourtant les trois fonctions essentielles à tout gouvernement, législative, administrative et judiciaire, étaient réunies sans partage entre les mêmes mains, celles du roi.

N'était-ce pas en effet un véritable pouvoir réglementaire, ayant plus d'une ressemblance avec celui que nous voyons fonctionner aujourd'hui, que cette prérogative fort importante des anciens Parlements consistant à rendre des arrêts de règlement ? Leur fonction était de juger et pourtant il prenaient part à la législation. Le roi ne pouvant tout connaître ni pourvoir à tous les besoins qui se révélaient « permet, dit Loyseau, à ses

principaux officiers, soit de Cours souveraines, soit de villes, de faire des règlements chacun au fait de leurs charges, qui ne sont pourtant que provisoires et faits sous le bon plaisir du roy, auquel seul appartient faire lois absolues et immuables (1) ». Ces arrêts des parlements ne se rattachaient point à la justice contentieuse et n'étaient point rendus pour trancher un litige entre deux parties. C'étaient de véritables règlements, ayant force de loi dans le ressort du parlement qui les avait faits ; ils n'avaient de l'arrêt que la forme, le parlement n'en ayant point d'autre pour exprimer ses décisions. Ils statuaient pour l'avenir par disposition générale et à l'égard de tous, comme la loi elle-même. Les parlements faisaient ainsi des arrêts de règlement sur des points rentrant dans le droit privé ou dans le droit criminel, sans pouvoir toutefois modifier les dispositions légales ou coutumières. Ils en faisaient également sur la police, qui étaient de véritables règlements administratifs (2).

Ainsi, à cette époque, bien que l'organe judiciaire n'eut pas de pouvoir propre et indépendant, — le roi pouvant toujours évoquer toutes affaires en son Conseil, — il est permis de constater qu'il accomplissait la fonction réglementaire. Il y avait là une sorte de séparation inconsciente des pouvoirs résultant de la nécessité de la division du travail.

Mais cet état de choses ne devait pas survivre à l'ancien

(1) *Des Seigneuries*, ch. III. n° 12.

(2) Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, p. 528 et suiv.

régime. La séparation des pouvoirs plus ou moins consacrée dans la pratique, devait être érigée en doctrine par l'Assemblée constituante. Elle proclama en effet que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni *la séparation des pouvoirs déterminée*, n'a point de Constitution (art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789). En conséquence et pour empêcher la confusion du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, le décret du 16 août 1790 (Titre II, art. 12) décida que les tribunaux « ne pourraient point faire de règlements, mais qu'ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. » Le Code civil, un peu plus tard, a reproduit d'une façon plus nette encore ces prohibitions dans son article 5. Il interdit aux tribunaux de statuer par voie de disposition générale et réglementaire, c'est-à-dire, d'attribuer à leurs décisions la force d'un règlement applicable à tous les cas analogues qui pourraient se présenter.

En France, le souvenir des luttes ardentes et nombreuses soutenues contre les empiètements politiques des Parlements, a déterminé une séparation rigoureuse du pouvoir politique et du pouvoir judiciaire. Et aujourd'hui encore, à cause de cela, il ne saurait être question d'investir le pouvoir judiciaire, comme on l'a fait en Angleterre, ainsi que nous le verrons, du droit de faire des règlements.

Aussi bien, chez nous, l'ensemble des solutions plus ou moins concordantes données par les Cours et Tribunaux, qui constitue la jurisprudence, n'a jamais que la valeur d'une opinion. Quelle que soit l'autorité qui s'y rattache et alors même qu'elle serait constante sur tel ou tel point de droit, elle ne forme jamais, comme le règlement, une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou pour les tribunaux (1). Les corps judiciaires n'ont plus aujourd'hui la fonction réglementaire.

L'organe législatif peut-il se la réserver? Cela n'est pas douteux. Rien ne s'oppose en droit à ce que le législateur, si bon lui semble, descende des hauteurs des principes jusqu'à l'infiniment petit des détails. L'Assemblée constituante, nous le verrons dans le chapitre suivant, pre-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 192. — En fait cependant la jurisprudence comble les lacunes de la loi et crée à côté d'elle une sorte de législation, dépourvue de force obligatoire il est vrai, mais qui s'impose la plupart du temps. Ainsi, par exemple, — et on pourrait citer de nombreux cas aussi caractéristiques — le Conseil d'Etat a décidé que pour donner lieu à indemnité le dommage, en matière de travaux publics, doit être *direct* et *matériel*. Cette double condition n'est nullement formulée dans la loi ; elle ne résulte que d'une longue jurisprudence de ce tribunal administratif d'où elle est passée dans la doctrine. — Le Conseil d'Etat et, dans une moindre mesure, les juges civils, ont contribué et contribuent tous les jours à mettre la législation au courant des besoins du moment. Il agissent par voie du *suppléance* ou d'*interprétation* des lois. On a parlé, à ce propos, et fort improprement, d'un *pouvoir prétorien* des tribunaux, aussi et plus justement d'un *pouvoir d'évolution*. Cf. Joseph Barthélemy. *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, p. 185 et sq.

nait elle-même le soin de compléter ses lois à l'aide d'*Instructions détaillées*. Le Parlement en Angleterre procède de même encore aujourd'hui, et le domaine de la loi s'étend à beaucoup de matières qui, sur le continent, sont considérées comme du domaine réglementaire. C'est le législateur qui vise, organise tous les détails de la loi et en assure ainsi l'exécution. Aussi les lois sont-elles touffues et manquent de cette qualité si précieuse, la clarté. Il semble d'ailleurs que les Anglais aient aperçu depuis peu tous les inconvénients de cette pratique : « Dans les pays étrangers, dit M. Dicey, généralement le législateur se borne à poser les principes généraux de la législation, et, au grand avantage du public, il laisse le soin de la compléter à des décrets ou règlements qui sont l'œuvre du pouvoir exécutif. Le caractère embarrassé et prolix de la loi anglaise écrite (*statute law*) est dû en grande partie à l'effort futile que fait le Parlement pour fixer jusque dans les détails de grandes réformes législatives. Le mal est devenu si évident que, de nos jours, les *acts* du Parlement contiennent constamment des dispositions qui ont pour but de conférer au Conseil privé, aux juges ou à un autre corps, le pouvoir d'établir des règles conformes à l'*act*, pour déterminer les détails que le Parlement n'a pu insérer dans la loi (1) ». On ne saurait avec plus de netteté proclamer et l'utilité des règlements et leur caractère de législation complémen-

1. Dicey, *Law of the Constitution*, p. 49 (cité par M. Esmein, *Éléments de droit Constitutionnel*, p. 474, note 1.

taire. Mais remarquons, en passant, qu'en Angleterre c'est le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire qui se partagent la tâche incombant, chez nous, au pouvoir exécutif.

Nous avons dit pourquoi, en France, on ne saurait songer à attribuer au pouvoir judiciaire cette importante fonction. Il est raisonnable également que le pouvoir législatif ne l'exerce pas, ou ne l'exerce que rarement, pour éviter d'abord l'encombrement des textes législatifs et l'inconvénient grave de donner la fixité de la loi à des règles qu'il y a intérêt à laisser se modifier suivant le temps et les milieux.

Aussi bien, si l'on y réfléchit, le pouvoir exécutif est plus qualifié que tout autre pour parfaire l'œuvre du Parlement. Encore faut-il se prémunir contre l'idée étroite et partant fausse que l'on se fait inconsciemment, pour ainsi dire, de la nature même de ce pouvoir.

La fameuse théorie de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs revient généralement à la mémoire et l'on aperçoit le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, séparés par une cloison étanche, étrangers l'un à l'autre, accomplissant leur fonction sans se connaître ni se rencontrer, l'un faisant la loi, l'autre l'appliquant dans les espèces, rien de plus. Il ne peut s'agir cependant d'une séparation complète, tranchée, qui ne tarderait pas à rompre l'unité du corps social. Les membres du corps humain, quoique distincts, sont liés et collaborent entre eux. L'Etat de même exige division des organes, pour que

chacun d'eux exerce sa compétence le plus convenablement possible, mais aussi collaboration en vue du but commun à atteindre.

Les règles que le législateur édicte — et son rôle est prépondérant dans l'Etat — doivent être respectées par le gouvernement comme les normes et les limites juridiques de ses actes. Mais dans le cercle qu'elles tracent, il décide librement, exprime sa volonté, ordonne ou défend et provoque tout ce qui est utile au bien public.

Ce qui caractérise donc le gouvernement, ce n'est pas l'exécution pure et simple, mais le pouvoir de commander, dans les limites fixées par la loi, le juste et l'utile. C'est ce que les Grecs appelaient *αρχή* et les Romains *imperium* (1).

C'est de cette façon compréhensive qu'il convient de concevoir le pouvoir exécutif. Dès lors, il va de soi que le soin qui lui incombe d'exécuter la loi ne peut se borner à l'emploi de la force matérielle nécessaire pour que chacun se conforme au texte littéral des prescriptions législatives. Et il est tout naturel que l'administrateur suprême du pays, le titulaire du pouvoir exécutif, soit chargé de prendre lui-même et d'imposer aux citoyens toutes les mesures propres à vivifier l'œuvre même du législateur. Il est mieux placé que tout autre pour prendre charge de cette importante et délicate mission. Il possède en effet au suprême degré l'expérience nécessaire

1. Bluntschli. *Théorie générale de l'Etat*, p. 444 et sq.

pour traiter les nombreuses questions que soulève l'application des principes posés par la loi. Ayant chaque jour à vaincre les difficultés qui se présentent, à se mesurer avec les résistances, entouré comme il est de grands corps rompus à la pratique des affaires de l'Etat, il a pleine qualité pour développer utilement les prescriptions législatives (1).

En définitive, c'est dans un but d'utilité générale et en raison d'une compétence supérieure que, dans ce cas, l'organe exécutif apporte son aide au pouvoir législatif. Il y a là collaboration féconde de deux pouvoirs.

Ainsi que nous l'avons fait observer, l'intervention du pouvoir exécutif dans cette œuvre a une conséquence juridique très remarquable. L'acte réglementaire est métamorphosé. Au fond, nous l'avons vu, il participe de la nature de la loi. Accompli par l'organe exécutif, il devient un acte d'administration, et, en droit, il devra être considéré comme tel. De même en effet que tous les actes du pouvoir législatif sont des lois, quelle que soit leur nature, de même tous les actes du chef de l'Etat, agissant en qualité d'administrateur suprême du pays, sont des actes d'administration. Dans notre droit public, on

1. Il y a lieu de ne pas confondre avec le règlement les circulaires des autorités administratives, qui ont également pour but d'assurer l'application des lois. Les circulaires et décisions ministérielles statuent par voie de dispositions générales et réglementaires, mais n'ont aucune autorité législative et ne lient pas les tribunaux. Elles ne sont obligatoires que pour les fonctionnaires hiérarchiques soumis aux ministres dont elles émanent.

s'attache pour définir l'acte, non pas à sa nature, mais à sa forme. La distinction de la loi et du règlement est donc toute « formelle ».

Aussi bien, le domaine du pouvoir réglementaire, comme nous le verrons, est une « zone mixte », comme il en existe en réalité de nombreuses dans la pratique, en dépit de la théorie de Montesquieu (1). C'est ce que reconnaît M. Laferrière quand il dit : « Entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, il y a une attribution intermédiaire, celle qui consiste à faire des règlements (2) ».

1. Laferrière, *Traité de la Juridiction administrative*. T. I, p. 11.

2. « S'il existe une différence entre la loi et le règlement, dit M. Hauriou, ce n'est pas tant parce que la fonction réglementaire est « différente de la fonction législative que parce qu'il est politiquement nécessaire à l'indépendance du pouvoir exécutif qu'il puisse « établir des règles générales concurremment avec le pouvoir législatif. La distinction de la loi et du règlement est donc d'ordre « politique. » (*Droit administratif*, p. 40).

CHAPITRE II

LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE AU COURS DU SIÈCLE

Le pouvoir réglementaire entre les mains du chef de l'Etat est d'une utilité incontestable, mais il peut devenir aussi une arme dangereuse pour la liberté des citoyens, si l'on se trouve en présence d'un gouvernement résolu à empiéter sur le domaine législatif. En étudiant le fonctionnement du pouvoir réglementaire tel que l'ont organisé les diverses Constitutions qui ont régi la France depuis 1789, nous auront à constater, en passant les abus qui en furent faits à différentes époques.

I. *L'ancien régime.* — Dans l'ancien droit public, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire résidaient ensemble et intégralement dans la personne du roi. Si par la force des choses, comme nous l'avons vu, les Parlements en arrivèrent à émettre une sorte de législation à l'aide d'arrêts de règlement, il n'est pas facile de déterminer ce qui, parmi les actes contenant l'expression de la volonté royale, pouvait être considéré comme loi ou bien comme

règlement. Ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, tous ces actes étaient compris sous le nom général de mandements royaux. *L'ordonnance* devait être plutôt considérée comme une loi étendue, embrassant des matières diverses ; *l'édit* était généralement destiné à régler une institution déterminée ; la *déclaration* était une loi interprétative d'une loi antérieure et contenait souvent une réglementation nouvelle et d'importance secondaire. Peut-être est-ce cet acte qui répondrait le plus justement à l'idée qu'on se fait aujourd'hui d'un règlement ; les *lettres patentes* au contraire ayant un caractère marqué de particularité pourraient, sans doute, être assimilées à ce que nous appelons des actes d'administration supérieure. Quoiqu'il en soit, ces distinctions et cette terminologie n'étaient point exactement respectées et n'avaient aucune importance juridique (1).

II. *Constitution de 1791*. — Au lendemain du triomphe de la Révolution, quand les Etats généraux constitués en Assemblée nationale se furent déclarés souverains, le sentiment principal qui dominait était un sentiment très fort et on ne peut plus justifié de défiance envers le pouvoir royal. Aussi la Constitution du 3 Septembre 1791 essayait-elle de le réduire et de le limiter autant qu'il était possible, tout en cherchant d'ailleurs à établir une séparation tranchée entre le pouvoir exécutif et le pouvoir légis-

1. Esmein. *Histoire du droit français*, p. 774 et sq.

latif. Elle refusa au roi le droit d'initiative des lois. Il ne pouvait « qu'inviter le corps législatif à prendre un objet en considération. » (T. III. Ch. III. Sect. I.). Le veto qui lui était conféré n'était que suspensif. L'Assemblée constituante se réservait donc la puissance législative totale, sans partage. On peut dire qu'un des principaux résultats de la Révolution de 1789 a été la subordination du pouvoir exécutif au pouvoir législatif. Aussi bien, la Constitution de 1791 décidait : « Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution. » (T. III. Ch. IV. Sect. I. art. 6.)

Cet article lui conférait-il le pouvoir réglementaire ? A notre époque, les seuls mots « faire des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution » indiqueraient suffisamment le droit de faire des règlements. Le pouvoir du Président de la République, en effet, ne résulte pas d'une formule plus explicite. L'art. 3 de la loi du 25 février 1875 qui le lui confère est ainsi conçu : « Il surveille et assure l'exécution des lois ». Il y a là sans doute une grande analogie dans les termes. Mais ce serait, croyons-nous, une erreur que d'attribuer au texte de la Constitution de 1791 la valeur que nous donnons aujourd'hui au texte de la Constitution de 1875.

Il faut en effet, pour déterminer la portée des actes de la Constituante, se reporter à l'époque et chercher à se rendre compte de ce que pouvait signifier en 1791 le terme « *proclamations* ». N'oublions pas que les législa-

teurs de la Constituante étaient dominés par l'idée de tailler à la France une constitution sur le modèle de l'Angleterre. Dans le cas qui nous occupe, comme dans beaucoup d'autres d'ailleurs, c'est au régime anglais qu'on a emprunté cette terminologie. Et on a entendu lui donner la même signification et la même portée. Or en Angleterre les proclamations royales étaient soumises à des règles tout à fait restrictives. « Il fut établi, dit M. Esmein, qu'elles devaient servir seulement à rappeler les citoyens au respect des lois, sans pouvoir y ajouter ou rien en retrancher (1) ». D'autre part, l'auteur anglais M. Dicey reconnaît qu'en 1610, « une opinion solennelle ou protestation des juges établit la doctrine moderne d'après laquelle les proclamations royales n'ont en aucun sens force de loi ; elles servent à rappeler la loi à l'attention du public, mais elles ne peuvent pas elles-mêmes imposer à qui que ce soit une obligation ou devoir légal qui ne lui seraient pas imposés par une loi ou act du Parlement (2) ». Si, comme tout le fait supposer, la Constituante a pris à l'Angleterre le terme de *proclamation* et, avec le mot, la chose, il est évident qu'on ne saurait reconnaître à cet acte les caractères du règlement qui, lui, au contraire, comme nous l'avons vu, a force de loi et oblige tous les citoyens.

Au surplus l'Assemblée Constituante prit le soin de

1. *Eléments de droit constitutionnel*, p. 46, note 5.

2. Dicey. *Introduction of the study of the law of the Constitution*, p. 51. (cité par M. Esmein).

faire elle-même, sous le nom d'*Instructions détaillées*, les règlements nécessaires pour l'exécution des principales lois organiques qu'elle vota (1). Par là même elle entendait réserver les mêmes prérogatives aux assemblées qui devaient suivre. On peut donc conclure qu'en 1791, le roi n'avait pas le pouvoir réglementaire tel que nous le comprenons aujourd'hui. Et il ne semble pas téméraire de dire que la Constituante qui tenait jalousement à ses prérogatives avait, en quelque sorte, retenu celle de compléter les lois dans les détails.

III. *La Convention et la Constitution de l'an III.* — Sous le régime de la Convention, le pouvoir réglementaire ne saurait apparaître distinct des autres pouvoirs que cette assemblée réunissait entre ses mains. Assemblée souveraine, d'une souveraineté sans limites, elle organisa le gouvernement révolutionnaire par les décrets de vendémiaire et de frimaire an II. Ayant à sauver la France des périls du dedans et du dehors, elle exerça une dictature redoutable mais légitime.

La Convention ne fait pas seulement les lois, elle s'empare des prérogatives du pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif n'est autre chose que la Convention elle-même. Par conséquent, tout est confondu, durant cette période dictatoriale.

Nous ne parlerons que pour mémoire du projet de

1. Esmein, *op. cit.*, p. 474.

Constitution girondine. Il organisait un Conseil exécutif de la République composé de sept ministres et d'un secrétaire, et décidait : « Le Conseil exécutif est chargé d'exécuter et de faire exécuter toutes les lois et décrets rendus par le corps législatif. (art. 4. T. V. sect. I.). Il lui est expressément interdit de faire aucunes lois, même provisoires, ou de modifier, d'étendre ou d'interpréter les dispositions de celles qui existent, sous quelque prétexte que ce soit ». (art. 6.). Rien de plus net, et ce projet refusait incontestablement le pouvoir réglementaire au Conseil exécutif. Ce projet, on le sait, qui émanait de Gensonné, fut repoussé par la Montagne comme liberticide (1).

La Constitution du 24 juin 1793 que vota la Convention, mais qui ne fut jamais mise en vigueur, instituait un Conseil exécutif de vingt-quatre membres qui « ne pouvait agir qu'en exécution des lois et des décrets du corps législatif » (art. 65). Point de trace ici non plus du pouvoir réglementaire.

La Constitution de l'an III tout en reprenant à peu près les termes de la Constitution de 1791, paraît cependant attribuer au Directoire le droit de faire des règlements. L'art. 144, qui fut adopté sans discussion, porte en effet : « Le Directoire pourvoit, d'après les lois, à la sûreté extérieure ou intérieure de la République. — Il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécu-

1. Duguit et Monnier. *Les Constitutions de la France*, p. XXVII et 46.

tion ». Mais ce texte, malgré le premier alinéa qui peut-être considéré comme permettant au Directoire d'édicter des règlements de police générale, est encore très imprécis et il faut arriver à la Constitution du 22 frimaire an VIII pour voir surgir distinctement le pouvoir réglementaire.

IV. *Constitution de l'an VIII.* — Cette constitution est de la catégorie de celles qui n'ont point la liberté politique pour objet direct, mais qui, suivant le mot de Montesquieu, « ne tendent qu'à la gloire des citoyens, de l'Etat ou du Prince. (1) » Elle fut pour Bonaparte l'instrument approprié à son ambition désordonnée et à la réalisation de son rêve d'orgie militaire qui devait laisser la France, sinon sans gloire, du moins appauvrie inutilement et pour longtemps du meilleur de son sang.

La constitution de l'an VIII, qui a organisé hypocritement l'apparence d'un gouvernement représentatif, consacrait en réalité le pouvoir personnel du Premier Consul. Les deux autres en effet, n'étaient là que pour « regarder faire ». Les ministres, d'autre part, n'étaient que des agents d'exécution, simples serviteurs du dictateur. Nous voici donc en présence d'un pouvoir exécutif indépendant et très fort, nommé d'abord à long terme, puis à titre héréditaire. Le gouvernement seul propose les lois, un Tribunal les discute mais ne les vote pas, un

1. Montesquieu. *Esprit des lois*, L. XI. ch. VII.

Corps législatif muet les vote sans les discuter, après un exposé des orateurs du Gouvernement ou du Tribunat. A côté, un Sénat conservateur, avec diverses prérogatives, et entre autres celle « de maintenir ou annuler tous les actes qui lui seront déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement ».

Tel est le système. Avec cette Constitution la fonction réglementaire apparaît parfaitement distincte de la fonction législative. L'art. 44 disposait en effet : « Le Gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution. » Ce texte est explicite. Pour la première fois, nous voyons une séparation tranchée des lois et des règlements. Sous ce régime, les actes réglementaires s'appelèrent d'abord *arrêtés* des Consuls, puis, lorsque l'Empire fut proclamé, *décrets* impériaux.

C'est également la Constitution de l'an VIII qui a créé un Conseil d'Etat chargé « sous la direction des Consuls, de rédiger les projets de loi et les *règlements d'administration publique* » (art. 52), par quoi il faut entendre simplement les actes réglementaires quels qu'ils soient.

Il résulte de ces textes que les règlements, d'une part, doivent être faits pour assurer l'exécution des lois existantes et de l'autre, être rédigés par le Conseil d'Etat, qui, durant cette période, joue un rôle prépondérant.

Napoléon, auquel le prestige de ses victoires conférait la toute-puissance, ne tarda pas à faire litière des principes de cette Constitution. Soit que la procédure, pour

arriver au vote d'une loi, fût, à son gré, trop lente et trop compliquée, soit que les formalités lui semblâssent inutiles, il substitua en de nombreuses circonstances sa propre autorité à celle du pouvoir législatif et rendit des décrets qui étaient de véritables lois. On les appela des *décrets-lois*.

Le conseil d'Etat, dont les membres étaient nommés et révoqués à volonté par le premier Consul (art. 41) rédigea docilement ces textes et le Sénat Conservateur n'eut jamais l'occasion d'user de la prérogative que lui donnait la Constitution « d'annuler les actes à lui déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement. » Après la suppression du Tribunat, en 1807, le Sénat eût pu, *proprio motu*, annuler certains décrets rendus en violation de la Constitution. Il ne le fit pas davantage.

Nous aurons dans la suite à revenir sur ces décrets, pour faire connaître la doctrine de la cour de Cassation en ce qui les concerne.

V. *Charte de 1814*. — L'examen de la charte de 1814 va nous donner l'occasion de signaler de nouveaux abus. Elle organise le régime parlementaire, sans mentionner toutefois la responsabilité solidaire des ministres qui avaient leur entrée dans les deux Chambres. La puissance législative s'exerçait collectivement par le Roi, la Chambre des pairs et la Chambre des députés des départements. Le roi seul proposait les lois. L'article 14 affir-

mait le pouvoir réglementaire du roi, mais avec un nom nouveau. Dès lors, au lieu de s'appeler arrêtés ou décrets, comme sous le Consulat et l'Empire, les actes réglementaires prendront le nom d'*ordonnances*. Ce texte, au fond, d'un sens parfaitement clair, offrait dans les termes une certaine ambiguïté qui servira, de prétexte au gouvernement de Charles X pour lancer les fameuses ordonnances de juillet 1830. Il y était dit : « Le roi est le chef suprême de l'Etat... et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat. » Que signifiaient les derniers mots ? Etendaient-ils le pouvoir du roi jusqu'à lui permettre, en vue de *la sûreté de l'Etat*, de modifier les lois existantes et par conséquent d'exercer à lui seul la puissance législative ? L'article 14 n'eut pu attribuer au roi un semblable pouvoir sans présenter une contradiction choquante avec l'esprit général et les autres dispositions de la Charte. Nous avons déjà signalé l'article 144 de la Constitution de l'an III qui donne au Directoire le droit de pourvoir, d'après les lois, « à la sûreté intérieure de l'État. » Cette disposition, avons-nous dit, consacrait purement et simplement le pouvoir de police générale appartenant à tout gouvernement. C'est assurément la même idée que voulait exprimer l'article 14 de la Charte, en employant les mêmes termes (1). « On n'y voyait qu'une sorte de lieu commun emprunté aux Constitutions antérieures, dit

1. Esmein, *op. cit.*, p. 472, note 3.
Raiga

M. de Viel Castel, et personne n'y soupçonnait le sens redoutable et mystérieux qu'on a voulu depuis y attacher (1). »

Quoiqu'il en soit, pendant tout le règne de Louis XVIII et jusqu'aux dernières années de celui de Charles X, les ordonnances qui furent rendues, à part quelques exceptions (2), ne le furent jamais que pour assurer l'exécution des lois et non pour les altérer ou les modifier.

Mais, après les élections de juin et juillet 1830, le ministère Polignac, se trouva dans une situation tout-à-fait périlleuse. Décidé à se maintenir coûte que coûte, il résolut de frapper un grand coup. L'article 14 de la Charte apparut comme une ancre de salut, et le gouvernement s'empessa de l'interpréter dans un sens favorable à ses projets.

Le rapport présenté au roi par le Cabinet et qui précédait les quatre fameuses ordonnances du 25 juillet 1830 est, à ce point de vue, très caractéristique. Nous ne croyons pas sortir du cadre que nous nous sommes tracé en en donnant une brève analyse. Il fallait justifier, en effet, qu'on était aux prises non seulement avec des difficultés passagères, mais que l'ordre social et la *sûreté*

1. De Viel Castel. *Histoire de la Restauration*, T. I, p. 429.

2. Ainsi une ordonnance du 24 juillet 1816, prononçait la peine de l'emprisonnement et de l'amende contre tout détenteur d'une arme de guerre. De même une ordonnance du 11 septembre 1822 édictait d'autres pénalités. La Cour de cassation d'ailleurs les considéra l'une et l'autre comme illégales (Voir le chapitre consacré aux garanties et voies de recours).

de l'Etat étaient menacés. C'est ce que M. Chantelauze, ministre de la justice, s'applique à démontrer. L'autorité ne lutte plus qu'avec désavantage contre les factions. Des doctrines pernicieuses et subversives hautement professées se répandent et se propagent dans toutes les classes de la population. Une loi sur les élections, féconde en désordres, a sans doute concouru à entretenir les agitations, mais c'est de la presse que vient tout le mal. Nulle force n'est capable de résister à un dissolvant aussi énergique. La loi et la justice sont réduites à confesser leur impuissance. L'inutilité des précautions établies par les lois en vigueur est démontrée par les faits. La Constitution de l'Etat est ébranlée. Et M. Chantelauze déclare que le droit pour un gouvernement de pourvoir à sa sûreté, préexiste aux lois. « Mais ces maximes, ajoute-t-il, ont une sanction positive, celle de la Charte elle-même. L'article 14 a investi votre Majesté d'un pouvoir suffisant non sans doute pour changer les institutions, mais pour les consolider et les rendre plus immuables.... Le moment est venu de recourir à des mesures qui rentrent dans l'esprit de la Charte, mais qui sont en dehors de l'ordre légal, dont toutes les ressources ont été inutilement épuisées (1) ».

Il n'y a qu'un mot pour caractériser ce rapport : C'est

1. *Archives Parlementaires*, 2^e série LXI, p. 636 et s. q. — Ce rapport est signé par MM. de Polignac, Chantelauze, de Peyronnet, etc... Cf. Duguit et Monnier, *op. cit.*, p. LXXXVIII.

la théorie du coup d'Etat. En conséquence, quatre ordonnances furent rendues le même jour.

La première portait :

« Art. 1^{er} La liberté de la Presse périodique est suspendue.

« Art. II. Les dispositions des art. 1, 2 et 9 du titre 1^{er} de la loi du 21 octobre 1814 sont remises en vigueur.

« En conséquence, nul journal ou écrit périodique....
« ne pourra paraître qu'en vertu de l'autorisation qu'en
« auront obtenue de nous séparément les auteurs et *l'im-
« primeur* ».

La deuxième ordonnance décidait : la Chambre des députés est dissoute.

La troisième qui modifiait la loi électorale commençait par ces mots qui sont à remarquer :

«... Pour prévenir le retour des manœuvres qui ont exercé une influence pernicieuse sur les dernières opérations des collèges électoraux..., nous avons reconnu la nécessité d'user du droit qui nous appartient, de pourvoir, *par des actes émanés de nous, à la sureté de l'Etat, etc...* »

La quatrième ordonnance fixait la date des élections.

La publication de ces ordonnances déclencha la tempête.

Au milieu de l'effervescence générale, paraissent la protestation des journalistes, rédigée par M. Thiers et celle de 63 députés présents à Paris. La protestation des journalistes fait ressortir avec une remarquable précision le caractère illégal de ces actes du gouvernement :

«... Les matières que règlent les ordonnances publiées aujourd'hui sont de celles sur lesquelles l'autorité royale ne peut, d'après la charte, prononcer toute seule. La Charte (art. 8) dit que les français, en matière de Presse, seront tenus de se conformer aux lois, elle ne dit pas aux ordonnances. La Charte (art. 35) dit que l'organisation des collèges électoraux sera réglée par les lois, elle ne dit pas les ordonnances ».

Et les signataires rappellent que déjà la Couronne pour modifier le régime de la Presse, ou le régime électoral, a eu recours aux deux Chambres, et que les tribunaux ont solennellement reconnu les mêmes principes.

« Aujourd'hui donc, le gouvernement a violé la légalité.... Nous lui résisterons pour ce qui nous concerne... C'est à la France à juger jusqu'où doit s'étendre sa propre résistance (1) ».

La révolution éclata. L'interprétation frauduleuse de la Charte en fut la cause indirecte.

Avant de passer à l'examen de la Charte constitutionnelle de 1830, nous devons mentionner l'amoindrissement du rôle du Conseil d'Etat durant le régime de la Restauration. Quand la Constitution de l'an VIII confiait au Conseil d'Etat le soin de rédiger « les règlements d'administration publique », elle entendait par ces mots tous les règlements et ne faisait aucune allusion à une délégation du législateur. A cette époque, la distinction entre

1. *Archiv. parl. ibidem*, p. 641. Parmi les signataires : Thiers, Mignet, Armand Carrel, Ch. de Remuzat, etc...

les décrets réglementaires spontanés et les règlements d'administration publique n'existait pas et le Conseil d'Etat, qui jouissait d'une influence et d'une autorité considérables, intervenait dans tous les cas.

C'est à partir de la Restauration, que le gouvernement s'est considéré comme n'étant pas obligé de consulter ce grand corps, pour les règlements qu'il édictait spontanément. En 1814 d'ailleurs, le Conseil d'Etat n'avait pas été mentionné dans la Charte « pour qu'il ne gênât pas les mouvements du Corps politique », disait Henrion de Pansey. Mais réorganisé par les ordonnances du 29 juin 1814 et du 23 août 1815, il ne fut consulté que dans de très rares occasions sur les projets d'ordonnances. Ainsi l'ordonnance royale du 1^{er} août 1827, relative à l'exécution du code forestier, n'a pas été, malgré son importance, préparée par le Conseil d'Etat. Il a suffi de ces précédents pour que, dès lors, les gouvernements se crussent dégagés de l'obligation de consulter le Conseil d'Etat sur les règlements édictés en dehors d'une invitation spéciale de la loi. Si bien que certains auteurs, dans la suite, pour régulariser cette situation, en sont venus à demander que le nom de règlements d'administration publique fût réservé aux seuls règlements pour lesquels la loi exigeait l'intervention du Conseil d'Etat.

VI. *Charte Constitutionnelle de 1830.* — Le gouvernement de Charles X avait vécu. Après la victoire, les Chambres revisèrent la Charte pour la soumettre à l'accepta-

tion du duc d'Orléans qui, en jurant d'y demeurer fidèle, allait devenir roi des Français. Le député Bérard, dès le 6 août, dépose une proposition contenant d'importantes dispositions, entre autres, la modification de l'article 14. Les mots « Sureté de l'Etat » étaient supprimés et l'article ainsi rédigé : « Le roi est le chef suprême de l'Etat... il fait les réglemens et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, *le tout sous la responsabilité de ses ministres.* » Le dernier membre de phrase était-il d'une grande utilité ? Sans doute la responsabilité politique des ministres n'était pas inscrite dans la Charte, mais elle avait fini par s'établir et à porter ses conséquences. La proposition Bérard fut renvoyée à une commission et amendée par Dupin aîné qui, dans son rapport, s'exprimait ainsi :

« ...L'article 14, dans les derniers temps surtout, était devenu le prétexte des plus étranges et des plus coupables interprétations. On affectait d'y voir le siège d'une dictature dont la puissance de faire pouvait s'élever au dessus de toutes les lois.... Votre commission a rendu le doute impossible à l'avenir, et, ne retenant de l'article que ce qui doit en être conservé dans le juste intérêt d'une prérogative que vous voulez, non pas anéantir, mais seulement régler, tout en maintenant la couronne dans le droit de faire des réglemens et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, nous avons ajouté que c'était sans jamais pouvoir *suspendre les lois ni dispenser de leur exécution.* » (1)

1. Archives parlementaires, 2^e série LXIII, p. 57.

L'article amendé dans ce sens fut adopté et devint l'article 13 de la Charte de 1830.

C'était la condamnation prompte et solennelle des prétentions qu'avait eues le gouvernement de Charles X de restaurer le pouvoir personnel et absolu. La loi reprenait ses droits.

Il est à remarquer à ce propos — et sans vouloir assimiler deux situations différant d'ailleurs par tant d'autres côtés — qu'il y a plus d'un point commun entre la Révolution de juillet en France et la Révolution de 1688 en Angleterre. Ici et là les Chambres se réunissent, et, après avoir bouleversé l'ordre de succession au trône, d'un côté, votent le « *bill of rights* », la déclaration des droits, de l'autre, réforment la Charte. Enfin, et c'est là le trait particulier qu'il faut retenir, le *bill des droits* et la Charte constitutionnelle contiennent des principes identiques.

Avant la Révolution de 1688, le roi n'avait pas entièrement perdu le droit de légiférer. Si la loi ou *statut* nécessitait toujours le consentement des deux Chambres, le roi, de sa propre autorité, pouvait toujours, avec l'avis de son Conseil privé, faire des ordonnances obligatoires pour ses sujets. Sans doute on pouvait, à la rigueur, établir une différence entre le statut et l'*ordonnance* ou *proclamation*, la loi étant considérée comme définitive, l'*ordonnance* comme un règlement provisoire. Mais le domaine respectif de l'un et de l'autre était mal délimité, et même, sous forme de mesures exécutives, le roi pouvait aisément tourner ou modifier une loi. C'est précisé-

ment ce qu'en France Charles X venait de tenter pour son malheur. Nous avons vu comment la Charte révisée mettait une barrière à de semblables velléités.

La Chambre des Lords et la Chambre des Communes de 1688 avaient créé un obstacle de même nature. En effet, le *bill of rights* refusait au roi le pouvoir de suspendre les lois ou l'exécution des lois (art. 1), ainsi que le pouvoir de dispenser des lois ou de leur application (1) (art. 2). Le droit qu'avait Guillaume d'Orange de faire des *proclamations* dans ces limites, était sensiblement le même qu'avait Louis Philippe d'après la Charte de 1830. Seulement la crise de 1688 avait donné à l'Angleterre toutes les garanties essentielles que nous ne devons acquérir que cent quarante-deux ans plus tard.

Quoi qu'il en soit, sous la monarchie de Juillet, le pouvoir réglementaire fut exercé d'une façon normale. Les ordonnances ne servirent jamais qu'à distinguer les hypothèses d'application, et à parfaire l'œuvre du législateur. Tel doit être l'office du règlement qui, dès lors, est sans danger pour les libertés publiques.

Contrairement aux gouvernements de la Restauration, celui de Louis Philippe a cherché à fortifier l'action du Conseil d'Etat et l'on citerait peu d'exemples de règlements faits sans son concours de 1830 à 1848. Mais cependant on persista, conformément aux précédents, à admettre que l'avis du Conseil d'Etat n'était nécessaire que pour

1. Boutmy. *Etudes de droit Constitutionnel*, p. 49.

les règlements rendus en vertu d'une délégation du législateur.

VII. *Constitution de 1848.* — Le pouvoir réglementaire était si bien établi à cette époque que la Constitution de 1848 n'employa pour le désigner qu'une formule très courte et très concise. L'art 49 était ainsi conçu : « Il (le Président de la République) a le droit de faire présenter des projets de lois par ses ministres. Il surveille et *assure l'exécution des lois* ». Ces derniers mots contenaient toutes les prérogatives dont jouissait le titulaire de l'exécutif sous les divers régimes que nous avons mentionnés. Cependant la Constitution de 1848 consacra deux innovations. L'art. 75, d'abord, confirmait les dispositions de l'art. 49 en attribuant au Conseil d'Etat le soin de préparer les règlements d'administration publique, par quoi il faut entendre tous les règlements. Car la distinction entre les règlements soumis obligatoirement au Conseil d'Etat et ceux qui ne l'étaient pas, disparaissait. Telle était la première innovation. Mais la plus importante et la plus remarquable consistait en ceci : le même article 75 conférait au Conseil d'Etat le pouvoir propre « de faire ceux de ces règlements à l'égard desquels l'assemblée nationale lui aura donné une délégation spéciale ».

Quelle était, à cet égard, la portée de l'article 75 ? Reportons-nous à la discussion. Ce texte ne fut pas voté sans protestation. M. Valette, professeur à l'Ecole de droit et qui représentait à l'assemblée nationale le départe-

tement du Jura, en critiqua les dispositions. Il fit remarquer que dans le système suivi jusqu'à présent, c'était le gouvernement seul qui faisait les règlements sous sa responsabilité. « Mais j'aperçois ici, ajoutait-il, un Conseil d'Etat qui fera des règlements d'administration publique et qui n'est pas responsable, qui a une sorte d'inamovibilité temporaire. J'avoue que je trouve cette innovation dangereuse (1). » Les ministres responsables en effet, peuvent toujours répondre des abus qu'ils ont commis. Ils sortent de charge lorsque l'assemblée trouve qu'ils n'administrent pas comme il convient. Au contraire le Conseil d'Etat exerçant un semblable pouvoir, un pouvoir propre, le gouvernement ne sera plus responsable. Tel était le danger signalé par M. Valette.

M. Vivien pour calmer ces appréhensions, chercha à préciser : « Les règlements d'administration publique, dit-il, sont des actes qui interviennent pour développer les lois et qui contiennent les dispositions destinées à les compléter. Dans certains cas, les règlements sont confiés au gouvernement en vertu du pouvoir général qui dérive des attributions du pouvoir exécutif qu'il exerce. Dans certains autres, il convient de déléguer à un autre pouvoir le soin de compléter la loi, et les actes que fait cet autre pouvoir sont encore des règlements d'administration publique (2). » Par ces explications, M. Vivien considère les règlements comme étant de même nature, qu'ils

1-2. Sirey. *Lois annotées*, 1848. p. 189, note 100.

soient faits par le gouvernement ou par le Conseil d'Etat. Cependant il continue : « Quant aux autres règlements qui sont faits en vertu d'une délégation de l'assemblée nationale, ces règlements n'engagent pas la responsabilité ministérielle : ils sont faits *par le Conseil d'Etat comme substitué au législateur*... L'assemblée sera toujours maîtresse de déterminer la portée et l'étendue de ce mandat, et par conséquent, il n'y a pas à craindre que, dans l'application de cet article, le Conseil d'Etat outre passe ses pouvoirs... »

Dans cette dernière partie de sa réponse, M. Vivien, il est vrai, parle « du Conseil d'Etat *substitué* au législateur. Faut-il en conclure que par là-même le pouvoir donné au Conseil d'Etat doive apparaître comme étant d'une autre essence que celui du Président de la République ? Nous ne le pensons pas : ce dernier, lui aussi, en définitive, quand il fait un règlement, se substitue au législateur qui a, volontairement ou non, négligé de donner à la loi les développements nécessaires. D'ailleurs, M. Vivien l'a dit tout d'abord : « les actes que fait cet autre pouvoir (le Conseil d'Etat), ce sont encore des règlements d'administration publique. » Et nous trouvons la confirmation de cette interprétation dans les *Etudes administratives* de M. Vivien lui-même, où il formule très nettement l'idée particulière qu'il se fait des règlements. Pour lui, le soin *d'exécuter* la loi ne se borne pas à l'emploi des forces vives nécessaires pour convertir le droit en fait : « L'administration française est chargée en outre par un

mandat qui l'associe à l'œuvre même du législateur, de prendre elle-même et d'imposer aux citoyens toutes les mesures propres à développer, à compléter, à vivifier cette œuvre, et à en assurer la pleine exécution. Elle accomplit cette tâche à l'aide de règlements... (1) » Cette façon très large de concevoir la nature du pouvoir réglementaire, sorte de collaboration à l'œuvre même du législateur, M. Vivien n'a fait que la reproduire dans la réponse improvisée qu'il fit à M. Valette, pour caractériser le pouvoir attribué au Conseil d'Etat. Il s'ensuit que, d'après l'article 75 de la Constitution de 1848, la fonction réglementaire était partagée entre deux organes : le Conseil d'Etat était appelé à l'exercer concurremment avec le chef de l'Etat.

VIII. *Second Empire*. — Ces dispositions ne survécurent pas à la Constitution qui les avaient édictées. La Constitution de 1852 n'en conserva aucune trace. Elle revint purement et simplement aux traditions du premier Empire. Son article 6 porte que le Chef de l'Etat « fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois. » C'était la formule de l'an VIII. Et, comme à cette époque, il y avait un Sénat Conservateur armé du pouvoir d'annuler tous les actes à lui déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement, ou dénoncés, pour la même cause, par les pétitions des citoyens. L'Empereur qui n'était res-

1. Vivien. *Etudes administratives*. T. I, p. 4 et suiv.

ponsable que devant le Peuple français (art. 5) nommait lui-même les membres du Sénat. D'autre part, les ministres n'étaient pas responsables devant le Corps législatif. Avec ce système, l'autorité réglementaire a toutes les facilités pour dévier. Nous avons vu ce qu'elle devint sous le Consulat et l'Empire.

Cependant de 1851 à 1870, elle fut maintenue dans sa sphère normale. La docilité du corps législatif qui votait tout ce que le gouvernement proposait, le frein plus puissant à cette époque de l'opinion publique, le précédent salutaire de la Révolution de 1830, ces diverses raisons réunies firent qu'aucun abus criant ne se produisit et nous n'avons à signaler aucune usurpation formelle du gouvernement sur l'autorité législative.

La tradition qui s'était établie depuis 1814 de ne recourir à l'avis du Conseil d'Etat que pour les règlements rendus sur délégation du législateur, tradition momentanément interrompue par la Constitution de 1848, fut reprise par le second Empire. Le gouvernement statua seul, sans l'avis du Conseil d'Etat, en maintes occasions, tantôt par le motif que la mesure à prendre était urgente, tantôt par la raison qu'il s'agissait de matières spéciales. Ainsi le règlement du 28 avril 1852 relatif au service à bord des bâtiments de la flotte, ceux du 4 juillet 1853 et du 19 novembre 1859 sur la pêche côtière, etc... ont été rendus sans le concours du Conseil d'Etat.

Au régime autoritaire de 1852 succéda ce qu'on appela

l'Empire libéral (1). Le sénatus consulte du 21 mai 1870 qui, tout en maintenant la responsabilité personnelle de l'Empereur devant le Peuple français, organisait la responsabilité solidaire des ministres, reprit, en ce qui concerne le pouvoir réglementaire, les mêmes termes que la constitution de 1852.

IX. *Constitution de 1875.* — C'est à peu près la même formule que la loi du 31 août 1871 d'abord, puis la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (art. 3) ont adoptée, au profit du Président de la République, ainsi que nous l'avons vu déjà. « Assurer l'exécution des lois », ces quatre mots contiennent tout le large pouvoir qu'a le titulaire de l'exécutif de créer, par voie de décrets généraux, une législation complémentaire. Nous verrons dans la suite comment il l'exerce et dans quelles limites.

Arrivé à ce point de notre investigation historique, nous devons jeter un regard en arrière. Nous avons constaté que la fonction réglementaire n'a pas toujours été exercée par les mêmes organes ni dans les mêmes conditions. Dès le début, les assemblées révolutionnaires, par une sorte de défiance instinctive envers le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, ont tenu à se réserver ces importantes prérogatives qui, en d'autres mains, leur eussent paru mettre en danger le principe fondamental de la sou-

1. Le Sénat devenait une simple Chambre législative et perdait le pouvoir de juger la constitutionnalité des lois et des actes du gouvernement.

veraineté nationale. Tout était réglé par le pouvoir législatif. Si la constitution de l'an VIII a distingué nettement la fonction réglementaire de la fonction législative, un seul organe ne tarda pas à les accaparer ou plutôt à les confondre. Premier consul ou empereur, Napoléon fit des décrets-lois. Charles X, en dépit de la Charte, tenta d'opérer la même confusion. C'est à partir de 1830, que le pouvoir réglementaire a pris sa forme définitive et fonctionné d'une façon normale, consacrant une sorte de division du travail législatif entre deux organes différents, l'un, le Parlement, chargé d'édicter les principes généraux de la loi, l'autre, le Chef de l'État, de déduire les conséquences de ces principes et d'en rendre possible l'application. Tel il était à cette époque, tel il est resté de nos jours.

Le rôle du Conseil d'Etat a varié également suivant les époques. En l'an VIII, il prépare, sans exception, tous les règlements. Sous la Restauration son influence décroît et, à partir de cette époque, naît la distinction entre les règlements faits en vertu d'une délégation du législateur et les règlements faits spontanément par le Chef de l'Etat, les premiers soumis obligatoirement au Conseil d'Etat, les seconds pouvant être rendus sans son concours.

Tel est le développement historique du pouvoir réglementaire dont nous avons à étudier le fonctionnement actuel, les limites, les sanctions et les voies de recours.

CHAPITRE III

DES CONDITIONS DE FORME AUXQUELLES EST SOUMIS L'EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE.

I. *Contreseing des ministres.* — La République française d'après la Constitution de 1875, est essentiellement une république parlementaire. Le Président gouverne avec des ministres qui sont solidairement responsables devant le Parlement. Lui-même est responsable mais seulement en cas de haute trahison. C'est dire que sa responsabilité est tout à fait exceptionnelle. En fait, seuls, les ministres sont responsables et ils le sont de tous les actes du Président lui-même. C'est pourquoi, la Constitution a pris cette précaution formaliste : « Chacun des actes du Président de la République doit-être contresigné par un ministre ».

D'après cela, les décrets réglementaires sont proposés au Président, précédés d'un rapport du ministre au département duquel ressortit l'affaire sur laquelle il s'agit de statuer. S'il approuve la mesure, il la revêt

de sa signature et le ministre compétent y oppose son contre-seing.

Telle est la forme dans laquelle sont rendus les règlements ordinaires. A ce propos, il y a lieu de remarquer que les ministres participent dans une large mesure à l'exercice du pouvoir réglementaire en préparant et en proposant à la signature du chef de l'Etat les décrets généraux qu'il appartient à celui-ci de rendre. Mais le pouvoir réglementaire, pour la France entière, appartient au Président de la République et il n'y a pas de place pour le pouvoir réglementaire du ministre (1).

A côté des règlements ordinaires, il y en a d'autres

1. Aucoc. *Conférences sur le droit administratif*, n° 66. — Les ministres font cependant de véritables règlements, mais seulement dans les cas où ils ont reçu, à cet égard, une délégation formelle. L'exemple le plus remarquable et le plus souvent cité est l'ordonnance du 15 novembre 1846 sur la police des chemins de fer. Aux termes des art. 2 et 16, le ministre des travaux publics peut, après avoir entendu la compagnie, prescrire les mesures qu'il jugera nécessaires pour assurer l'entretien du chemin de fer, des ouvrages qui en dépendent et du matériel, de fixer le nombre des gardiens nécessaires à la surveillance et à la manœuvre des aiguilles, etc., etc...

Le décret du 10 août 1852 sur la police du roulage (art. 8, § 4), renvoie à la réglementation ministérielle certaines dispositions concernant le passage des ponts suspendus.

La loi du 15 juillet 1878 (art. 2) porte que des arrêtés du ministre de l'agriculture, pris sur l'avis de la commission supérieure du phylloxéra, règlent les conditions dans lesquelles peuvent entrer et circuler en France les plants, sarments, feuilles et débris de vigne.

Aux termes de l'art. 26 de la loi du 7 juillet 1881 sur les épizooties, le *Gouvernement* peut prohiber l'entrée en France, ou ordonner

sur lesquels le gouvernement, sans qu'il y soit obligé, sollicite l'avis du Conseil d'Etat. Dans ce cas, les règlements qui interviennent sont rendus en la forme des règlements d'administration publique, et portent la mention « le Conseil d'Etat entendu ».

Les règlements d'administration publique imposés au gouvernement par un article spécial d'une loi sont toujours, comme nous l'avons vu, préparés par le Conseil d'Etat qui en discute et en rédige les dispositions en assemblée générale. L'avis ainsi exprimé par le Conseil d'Etat ne lie pas le gouvernement, mais cette procédure, étant obligatoire, est une des conditions de la légalité du règlement d'administration publique.

II. *Rôle du Conseil d'Etat.* — Etant donnée l'importance de l'intervention du Conseil d'Etat en matière de règlements, on s'est demandé en 1872, au moment même où l'on discutait la loi sur la réorganisation du Conseil d'Etat, si la distinction qui s'est établie entre les règlements soumis à l'examen de cette haute assemblée et ceux qui échappent à son contrôle, devait subsister.

M. Aucoc, quelques semaines auparavant, dans une très judicieuse étude avait soutenu qu'il n'y avait aucune raison de la maintenir.

la mise en quarantaine des animaux susceptibles de communiquer une maladie contagieuse, etc. ; Ces décisions sont prises par le ministre de l'agriculture.

Nous croyons intéressant de rapporter ici les principaux arguments que faisait valoir le savant auteur (1) :

« Si l'intervention du Conseil d'Etat est jugée nécessaire quand il s'agit de déterminer certaines règles de détail dans les limites fixées par une loi spéciale, comment ne le serait-elle plus quand le gouvernement prend l'initiative d'un règlement pour combler les lacunes de la loi, pour organiser un service public, pour imposer aux citoyens des obligations ? N'est-ce pas alors plus que jamais qu'il importe que des garanties soient données à l'intérêt public et aux intérêts privés contre les abus possibles du pouvoir réglementaire, contre une sorte d'usurpation du pouvoir législatif ? ».

Et M. Aucoc rappelle les raisons pour lesquelles le Conseil d'Etat est appelé à concourir à la préparation des règlements d'administration publique. Seul, le Conseil d'Etat saura conserver dans la suite de ces règlements l'unité d'esprit et de principes et les bonnes traditions administratives. Les bureaux des ministères, quels que puissent être leur zèle et leur expérience, n'auraient ni la généralité de vues, ni le temps nécessaire pour suffire à cette grande tâche. Donner à la rédaction l'ordre, la simplicité, la clarté qui en sont les mérites essentiels, tel est l'objet de l'intervention du Conseil d'Etat (2). Les

1. Aucoc. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1872, p. 77 et suivantes. M. Aucoc a reproduit cet article dans son livre « Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789 ».

2. Vivien. *Etudes administratives*, T. I, p. 312.

règlements d'administration publique doivent s'attacher à renfermer chaque pouvoir dans sa sphère. De même que les lois ne doivent pas contenir des articles purement réglementaires, de même les règlements n'admettent point des dispositions de pure exécution qui doivent être laissées à l'appréciation de l'administration. Il importe également d'éviter d'y insérer des dispositions copiées dans la Constitution ou dans les lois. Cette transposition les amoindrit en diminuant leur autorité. Ces règles, il est nécessaire de les suivre pour les deux catégories de règlements. Et il est précisément à remarquer qu'elles ont cessé d'être suivies quand le Conseil d'Etat n'a pas été consulté. Divers ministères ont plusieurs fois eu le tort de publier sous le nom de règlements et de faire signer par le Chef de l'Etat, des compilations renfermant une série de textes de Constitutions, de lois, de décrets, d'ordonnances qui pouvaient être utiles comme instructions ministérielles, mais qui n'étaient pas des actes d'autorité. C'est ainsi que le décret du 31 mai 1862 renferme en 882 articles les règles fondamentales de la comptabilité publique extraites de la Constitution, des lois, des décrets, des ordonnances. Cette collection de textes réunis peut être utile aux ordonnateurs, comptables et inspecteurs, mais c'est au ministre qu'est confié le soin d'instruire ses subordonnés et le public, en rappelant dans ses circulaires les dispositions de la loi et en les commentant au besoin. Le règlement a un autre objet et un autre but.

M. Aucoc, pour toutes ces raisons, demande que tous les décrets réglementaires, sans distinction, soient soumis à l'examen du Conseil d'Etat.

« Si l'on devait faire une exception, ajoute-t-il, ce serait peut-être pour les règlements qui n'auraient pas un caractère *permanent* et qui seraient motivés par des circonstances spéciales et urgentes ».

III. *Amendement Savoye La Caze*. — Cet appel de M. Aucoc eut un écho, quelques jours plus tard, à l'Assemblée nationale qui fut saisie, au cours de la discussion de la loi de 1872, d'un amendement tendant à appeler nécessairement le Conseil d'Etat à donner son avis sur les règlements d'administration publique faits en vertu d'une délégation du législateur, et *en général sur tous les règlements permanents faits par le gouvernement* (1).

Cet amendement fut combattu à l'aide de divers arguments qui, à notre sens, ont beaucoup de poids. Tout d'abord l'expression de « règlements permanents » fut critiquée comme empreinte d'un vague dangereux. Elle était empruntée à la loi municipale de 1837. Mais cette loi ne dit pas à quel signe on pouvait reconnaître le caractère de permanence des règlements des maires. Elle se borne à indiquer que les règlements permanents municipaux ne seront exécutoires qu'un mois après le récépissé donné par le sous-préfet et que les règlements non

1. Amendement Savoye-La-Caze (Séances des 3 et 4 mai 1872). *Journal Officiel*, p. 2960 et 2982.

permanents sont exécutoires du jour de leur publication. Voilà tout.

Cette expression appliquée aux décrets du Président de la République serait la source de grandes difficultés. Il y aurait beaucoup de règlements dont il serait impossible de distinguer le caractère véritable, puisque ce caractère n'est pas défini. Et la confusion qui pourrait s'établir serait grosse de conséquences. Si l'autorité exécutive, se trompant sur le caractère du décret à rendre, ne consultait pas le Conseil d'Etat sur un règlement permanent, cet acte ne serait pas légalement obligatoire et les tribunaux pourraient se refuser à en assurer l'exécution. Ces inconvénients étaient de nature déjà à compromettre le succès de la proposition.

Mais d'une manière générale, et sans contester l'utilité du concours du Conseil d'Etat pour maintenir les saines traditions administratives, on fit remarquer qu'il était nécessaire que l'autorité réglementaire pût s'exercer d'une façon spontanée et prompte en cas d'urgence. L'obligation de solliciter l'avis du Conseil d'Etat restreindrait notablement, d'autre part, les prérogatives du gouvernement qui doit pouvoir, selon les circonstances, soustraire son action à toute entrave et conserver son entière indépendance.

D'ailleurs l'intérêt pratique de l'amendement était à peu près nul. En fait, toutes les fois qu'il s'agit de matières importantes et qui n'ont pas un caractère d'urgence marqué, le gouvernement confiant dans la sagesse

et l'expérience éclairée du Conseil d'Etat, se fait un devoir strict de faire appel à ses lumières.

Ces différentes considérations auxquelles nous nous rallions sans hésiter, ont déterminé l'Assemblée nationale à repousser le principe nouveau qui lui était proposé.

Antérieurement à la loi du 24 mai 1872, on pouvait encore, avec quelque apparence de raison, discuter la question de savoir si la distinction, établie plutôt par l'usage que par des textes précis, entre les règlements soumis obligatoirement à l'avis du Conseil d'Etat et ceux qui ne l'étaient point, était fondée en droit. Il résulte de la discussion que nous venons de rapporter, qu'aujourd'hui le doute n'est plus permis. Le rejet de l'amendement Savoye-La Caze tranche très nettement la question dans le sens de la pratique qui, depuis 1814, avait été suivie par tous les gouvernements.

Dès lors l'application des règles en vigueur, nous donne deux catégories de *décrets généraux* :

1° Décrets réglementaires proprements dits, faits spontanément par le Chef de l'Etat et pour lesquels l'intervention du Conseil d'Etat n'est pas obligatoire. Si le Chef de l'Etat juge utile de demander l'avis du Conseil d'Etat, nous avons, dans ce cas, des décrets réglementaires rendus en la forme des règlements d'administration publique.

2° Règlements d'administration publique faits en vertu d'une délégation expresse du législateur, et soumis nécessairement à l'avis préalable du Conseil d'Etat.

CHAPITRE IV

DE LA FORCE EXÉCUTOIRE DES RÈGLEMENTS.

LEUR SANCTION PÉNALE.

Nous venons d'indiquer quelles sont les conditions de forme de la légalité des règlements. Il conviendrait maintenant de passer à l'examen des conditions de fond, c'est-à-dire des limites dans lesquelles peuvent être valablement rendus les différents règlements. Cette question dont la solution varie suivant qu'il s'agit de règlements ordinaires ou de règlements d'administration publique, sera étudiée dans la suite, séparément pour chaque catégorie et avec tous les développements qu'elle comporte. Nous supposons donc ici la question résolue et les règlements légalement faits. Ils ont la même force obligatoire que les lois.

1° A quel moment et à quelles conditions acquièrent-ils cette force obligatoire à l'égard des citoyens ?

2° Quelle sanction pénale assure leur exécution ?

Tels sont les points qu'il y a lieu d'examiner et qui feront l'objet de deux sections différentes.

SECTION I

Promulgation et publication.

Le règlement étant signé par le Président de la République et contresigné par un ministre, ce dernier, dans un article final, reçoit l'ordre d'en assurer l'exécution. Mais l'acte n'est pas encore obligatoire, il ne le sera qu'après publication.

Un principe général, en effet, domine cette matière : un règlement pour être obligatoire doit avoir été porté à la connaissance de ceux qui sont tenus d'y obéir.

C'est le décret-loi du Gouvernement de la défense nationale du 5 novembre 1870 qui a résolu la question. La promulgation des lois et des décrets, résulte de leur insertion au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*. (art. 1^{er}) Les règlements sont obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation (c'est publication qu'il aurait fallu dire) ; partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef lieu de cet arrondissement. (art. 2).

Il en résulte que la publication par les soins du maire, prévue par l'art. 92 § 1^{er} de la loi du 5 avril 1884 n'est pas nécessaire pour rendre exécutoire un décret. La publication est faite par l'autorité centrale et sans l'interven-

tion des maires (1). Voilà la règle. Dans un cas exceptionnel, cependant, cet article 92 sera applicable, et la publication aura une véritable valeur légale. C'est le cas où l'exécution immédiate d'un décret est ordonnée, aux termes de l'ordonnance du 18 janvier 1817 et du décret précité du 5 novembre 1870.

Ceci exige quelques explications. Une ordonnance du 27 novembre 1816, concernant la promulgation des lois et ordonnances portait dans son article 4 : «.... Dans les cas et lieux où nous jugerons convenable de hâter l'exécution, les lois et ordonnances seront censées publiées et seront exécutoires du jour qu'elles seront parvenues au préfet, qui en constatera la réception sur un registre ». Cette disposition était abusive, car comment imposer à des citoyens l'obéissance à des actes dont ils ignorent l'existence et qui ne sont connus que du préfet de leur département ? Aussi, quelques mois après, une autre ordonnance intervenait qui remettait les choses au point. Par une disposition additionnelle, l'ordonnance du 18 janvier 1827 décidait qu'en cas d'urgence « les préfets prendront incontinent un arrêté par lequel ils ordonneront que les dites lois et ordonnances seront imprimées et affichées partout où besoin sera ». De son côté, le décret de 1870 (art 2. § 2) prévoit que « le gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret ». Cette disposition a donc pour

1. Simonet. *Traité élémentaire de droit public et administratif*, p. 475 (Paris 1885).

effet de maintenir l'application de l'ordonnance de 1817. Dans ce cas, c'est aux maires qu'incombe le soin de publier d'urgence les actes prévus par ces différents textes et de leur donner par ce moyen la force exécutoire.

SECTION II

Sanction pénale.

Les règlements publiés conformément aux règles ci-dessus posées sont devenus obligatoires. Quelle sanction est attachée à la non exécution des obligations qu'ils imposent ? A défaut de textes législatifs particuliers, tout règlement vient se placer sous une disposition générale qui a été ajoutée au Code pénal de 1810 par la loi de révision de 1832, l'art. 471 du Code pénal. « Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq francs, inclusivement.... 15° Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative... »

Mais il y a lieu de remarquer que tous les actes réglementaires ne comportent pas une sanction pénale. Il en est dont l'infraction à leurs dispositions ne saurait amener l'application d'aucune peine. Nous voulons parler des décrets réglementaires qui ne contiennent aucune règle impérative ou prohibitive s'adressant aux citoyens, mais qui statuent sur l'organisation de services publics,

tels par exemple ceux qui fixent la ligne de démarcation des ministères, les attributions du Conseil supérieur de la guerre etc..; ceux encore qui déterminent les cadres des grandes administrations de l'Etat, les obligations des divers agents. Les prescriptions de ces règlements ne s'adressent qu'aux fonctionnaires de l'ordre administratif. Leur inobservation susceptible d'ailleurs, dans certains cas, d'engager la responsabilité du Gouvernement, ne peut entraîner que des mesures disciplinaires (1).

Par contre, il est divers règlements qui sont pourvus d'une sanction plus grave que la peine édictée par l'art. 471 § 15 du Code pénal. Mais dans ce cas, ce n'est pas le règlement lui-même qui édicte la peine. Le législateur ayant seul ce droit, ces exceptions ne peuvent résulter que d'un texte législatif.

Il en est ainsi par exemple des règlements anciens sur la grande voirie, et qui sont toujours en vigueur. Les contraventions qui y sont prévues consistent dans le fait d'élever des constructions ou de les réparer le long des routes ou des rues qui leur font suite, sans avoir demandé et obtenu l'alignement individuel ou l'autorisation, dans les travaux confortatifs, etc... (Edit de décembre 1607 : arrêts du conseil du roi du 17 juin 1721, 14 mars 1741, 27 février 1765 (2). Les contraventions aux prescriptions

1. *Revue générale d'administration*, 1893. Le pouvoir réglementaire, article de M. Dejamme.

2. Ils ont été maintenus en vigueur par la loi des 19-22 juillet

de ces règlements sont déférées au Conseil de Préfecture en vertu de la loi du 29 floréal an X.

Le régime pénal de ces règlements était très rigoureux ; il consistait dans la condamnation à des amendes énormes et parfois à l'emprisonnement. Une loi du 23 mars 1842 a modéré considérablement les peines qui, d'ailleurs, en raison de leur caractère exorbitant, étaient déjà abaissées, en vertu du droit de grâce, par le Chef de l'Etat, statuant en dernier ressort sur le contentieux administratif.

En réalité, ces différents règlements qui ont été édictés par une autorité confondant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont à proprement parler des actes législatifs dont certaines dispositions seulement ont le caractère réglementaire.

Mais sans remonter aussi loin dans le passé, on peut citer dans nos lois des cas nombreux où une sanction spéciale est édictée pour assurer l'exécution d'actes réglementaires. Voici par exemple la loi du 31 mai 1851, en matière de police de roulage, qui en prévision des mesures que doit contenir un règlement d'administration publique qu'elle prescrit (art. 2), non seulement édicte des peines spéciales, mais aussi des règles particulières de compétence. La répression des délits et des contraventions est partagée entre les Conseils de Préfecture et les tribunaux judiciaires. Les premiers peuvent prononcer

1794 (T. I^{er} art. 29, § 2) « sont confirmés *provisoirement* les règlements qui subsistent touchant la voirie.... »

des amendes variant de 3 à 50 francs (art. 4 et 9) ; les seconds, des amendes s'élevant jusqu'à 200 francs, et même dans quelques cas, l'emprisonnement pour une durée de six mois (art. 6. 8 et 11).

Aux termes de l'article 12 de la loi du 15 juillet 1878 sur le phylloxera et le doryphora, modifiée par la loi du 2 août 1879, les contraventions aux décrets sont punies d'une amende de 50 à 500 francs.

L'art. 34 de la loi du 7 juillet 1881 sur les épizooties prévoit pour les contraventions aux dispositions du règlement d'administration publique rendu pour son exécution, une amende de 1 à 200 francs, prononcée par le juge de paix.

La loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures dans les manufactures, a modifié les sanctions pénales qui étaient édictées par la loi précédente du 19 mai 1874. D'après cette dernière, les contraventions aux règlements intervenus pour son exécution étaient frappées d'amendes de 16 à 50 fr. et par conséquent avaient le caractère d'amendes correctionnelles. D'après la nouvelle loi, elles ne sont plus que de 5 à 15 francs.

Il serait facile de multiplier les exemples consacrant des exceptions à la règle générale en vertu de laquelle, à défaut de textes particuliers, les contraventions aux règlements sont sanctionnés, comme nous l'avons dit, par l'art. 471 § 15 du Code Pénal. Mais dans tous les cas, il faut le remarquer, c'est le législateur qui édicte des pénalités, et non pas l'autorité réglementaire.

CHAPITRE V

DÉCRETS RÉGLEMENTAIRES PROPREMENT DITS. — LIMITES DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE.

1. Nous nous proposons, dans ce chapitre, d'étudier les limites du pouvoir réglementaire, tel qu'il est exercé spontanément par le Président de la République. Les limites du pouvoir réglementaire s'exerçant dans le cercle tracé par une disposition législative spéciale qui prescrit un règlement d'administration publique, feront ultérieurement l'objet d'un examen particulier.

L'organe législatif et l'organe exécutif collaborent, nous l'avons vu. Mais cette collaboration ne doit pas aller jusqu'à l'empiètement d'un pouvoir sur l'autre. On ne peut oublier en effet que c'est pour le plus grand bien de l'Etat que le pouvoir exécutif prête assistance au pouvoir législatif et qu'une usurpation de sa part mettrait en danger les libertés publiques.

On sait à l'aide de quels subterfuges le gouvernement de Charles X a tenté de mettre la main sur les prérogatives des Chambres. Depuis, sans doute, la Charte de

1830 a remis les choses au point et assigné au pouvoir réglementaire un rôle d'une plus grande précision qui a d'ailleurs été consacré par les constitutions suivantes. Malgré cela, la question de savoir où commence et où finit le domaine réservé à chacun des deux pouvoirs, est une de celles qui soulèvent le plus de difficultés.

Elle serait aisée à résoudre si le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat était aussi nettement circonscrit que l'est celui des préfets et des maires. Le pouvoir des préfets, par exemple, en matière de police est parfaitement délimité. Des lois spéciales, telles les lois sur la police de la pêche, de la chasse, des chemins de fer, des chemins vicinaux, des chemins ruraux, investissent les agents du pouvoir central du droit de faire des règlements pour leur exécution ; mais ces règlements ne doivent, sous aucun prétexte, excéder les bornes que ces lois ont assignées, ou méconnaître les dispositions qu'elles consacrent.

Il en est de même pour les maires. Leur autorité s'exerce en matière de police municipale, de police rurale et de voirie municipale. Elle est limitée par la loi, par les règlements du Chef de l'Etat et par les règlements des Préfets.

Pour le Président de la République, rien de pareil. La Constitution dit seulement : « Il surveille et assure l'exécution des lois. » Et c'est tout. Le droit de faire des règlements lui est donc conféré de la manière la plus large et la plus générale, à la condition, il est vrai, de

ne pas empiéter sur le domaine législatif. Mais quelles sont les bornes de ce domaine ?

Il peut se présenter des matières sur lesquelles la législation est muette, qui ne sont régies par aucun texte. Cette hypothèse est assez fréquente. Comment décider à l'avance si cette matière est de la compétence exclusive du pouvoir législatif et partant interdite au pouvoir réglementaire ? L'horizon est vague avec une ligne flottante et indécise. Pas de points de repère. Où sont les frontières ? Y-a-t-il un criterium qui permette de reconnaître que telle matière est vouée à la loi, telle autre au règlement ?

Certaines théories ont vu le jour qui ont cherché à donner les moyens d'une solution. Aucune, disons-le immédiatement, n'y est parvenue. Nous en citerons deux.

a) D'après Jean-Jacques Rousseau, le pouvoir législatif ou le souverain, — car, dans la langue de l'auteur du *Contrat social*, ces deux termes sont synonymes, — ne peut statuer que sur les objets d'intérêt général. « Quand
« je dis que l'objet des lois est toujours général, j'en-
« tends que la loi considère les sujets en corps et les
« actions comme abstraites, jamais un homme comme
« individu ni une action particulière ; ... en un mot
« toute fonction qui se rapporte à un sujet individuel
« n'appartient pas à la puissance législative (1). » D'où

1. *Contrat social*. L. II, ch. VI.

il suit que le domaine des règlements serait réduit à tout ce qui est d'intérêt particulier. Mais cette distinction que certains auteurs, à la suite de Roussau, ont proposée, n'apporte aucune clarté dans la question qui nous occupe. N'y-a-t-il pas en effet certains objets, dans notre droit public, qui, bien que d'intérêt particulier, sont confiés au pouvoir législatif, en raison de la répercussion que les mesures auxquelles ils donnent lieu peut avoir sur l'ensemble des pays (1) ? (Déclaration d'utilité publique, autorisation de certains emprunts, etc.). D'autre part, nous l'avons vu, c'est un des caractères du règlement de statuer, comme la loi elle-même, par dispositions générales sur des objets d'intérêt général. Or, ce fait est inconciliable avec la distinction du *Contrat social*.

b) Une autre théorie (2) qui a cours en Allemagne, propose une distinction basée sur ce qu'on appelle les *droits acquis* et la *simple expectative*. La loi serait une règle qui statue dans les matières où les citoyens ont et doivent avoir des droits acquis, le règlement une règle qui statue dans des matières où les citoyens ont et ne peuvent avoir que de simples expectatives, ou, comme l'on dit aussi, des *droits-reflets*.

Il résulte de cette distinction que le règlement serait

1. Hauriou. *Droit administratif*, p. 38 et suivantes. Simonet, *Traité de droit public et administratif*, p. 125.

2. Hauriou, *ibidem*. Cf. — Barthélemy. *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, p. 17, 127, 164 et sq. — Jellineck. *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Fribourg, 1892.

une sorte de monologue de l'Etat, un programme qu'il se tracerait à lui-même, mais que les individus ne pourraient point invoquer, parce qu'il ne conférerait que de simples expectatives.

Le droit réglementaire serait purement objectif, le droit ayant pour source la loi, subjectif, c'est-à-dire se réaliserait dans l'individu sous forme de droits acquis.

Exemple : la législation de l'assistance publique est un véritable monologue de l'Etat. Par elle, l'Etat s'impose à lui-même une série de devoirs auxquels ne répondent pas des droits acquis. L'assistance n'étant pas obligatoire, l'indigent ne saurait invoquer contre l'Etat les règles purement objectives dont les reflets vont jusqu'à lui sans élargir sa personnalité.

Que l'on distingue le droit objectif et le droit subjectif nous l'admettons. En France, toutes nos lois organiques, celles notamment qui n'intéressent que l'organisation de l'Etat, forment le droit objectif. Mais cette distinction concorde-t-elle avec celle de la loi et du règlement ? Nullement.

D'abord, et pour revenir à notre exemple, les règles de l'assistance publique, bien qu'objectives et ne donnant lieu qu'à des expectatives, ne sont pas seulement du domaine du règlement. Elles sont sanctionnées avant tout et surtout par des actes du pouvoir législatif. De même, l'organisation des pouvoirs publics est consacrée, surtout par des lois, rarement par des règlements.

Si donc on admettait que le domaine de la loi est le droit acquis, il n'y aurait pas de lois constitutionnelles,

mais des règlements constitutionnels, ce qui est contraire aux principes les plus élémentaires du droit public. Et d'autre part, il n'y aurait pas de droits acquis, sans loi. Or il n'est pas douteux que les droits acquis résultent tout aussi bien de certains règlements que de la loi elle-même (1).

Voilà donc encore une théorie qui, en dépit de son apparence scientifique, ne résiste pas à l'examen.

II. L'échec de ces tentatives théoriques est confirmé par la pratique. Nous citerons un exemple très caractéristique d'où résulte la preuve que le criterium cherché n'a pas encore été découvert.

Le gouvernement de la défense nationale en 1870-1871 avait rendu un très grand nombre de décrets. L'Assemblée nationale chargea une commission d'opérer le triage de ces décrets et de rechercher ceux qui avaient un caractère législatif. Comment opérèrent les membres de cette commission ? Leur embarras fut aussi grand que longue la besogne à accomplir. Voici comment s'exprime le rapporteur (2) : « Dès le début de notre travail, une difficulté « sérieuse a surgi quand nous avons dû extraire de la « collection de 1046 décrets publiés par le Gouvernement « du 4 Septembre, tous ceux qui ont un caractère législa- « tif... Le nom attribué à l'acte ne permet pas de préjuger « si les auteurs ont entendu faire une loi ou un simple

1. Laferrière, *op. cit.*, T. II, p. 537.

2. Rapport de M. Taillefert. Séance du 24 février 1872. *Journal officiel* 1872. p. 2606.

« règlement administratif, car tous les actes, quelles que
« soient leur portée et leur nature, reçoivent le nom de
« décrets et en outre, ils émanent de la même autorité. »
Cette tâche rentre bien dans la donnée du problème : A
l'aide de quelle pierre de touche va-t-on séparer ce qui est
législatif de ce qui ne l'est pas ? « C'est seulement, continue
« le rapporteur, à raison des dispositions qu'il renferme,
« qu'un décret peut être déclaré législatif, et si c'est là la
« seule méthode que la science du droit puisse admettre
« pour le triage de ces décrets, il n'en faut pas moins
« avouer que son application n'est pas toujours exempte
« d'hésitations et d'embarras. » En réalité, si l'on suit le
rapporteur dans ses opérations, on s'aperçoit qu'il ne se
livre à aucune analyse particulière des dispositions qu'un
décret renferme. Sa méthode est plus simple et plus com-
mode : toutes les fois qu'un décret a abrogé ou modifié
une loi existante, le rapporteur déclare que c'est un décret
législatif : tel par exemple le décret du 19 septembre
1870 abrogeant l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII ;
tel le décret du 27 octobre 1870 décidant que la connais-
sance de tous les délits politiques et de tous les délits
commis par la voie de la presse, appartient exclusivement
au jury ; tel également le décret du 10 septembre modi-
fiant la loi sur l'imprimerie et la librairie, etc....

En définitive, et malgré sa bonne volonté, cette com-
mission n'a pas résolu le problème posé, à savoir comment,
en dehors des cas où un décret abroge ou modifie les dis-

positions des lois en vigueur, tel acte du pouvoir exécutif est censé avoir statué sur une matière législative.

C'est que le problème est insoluble et qu'il n'y a pas de criterium qui permette, *a priori*, de dire : cette matière par sa nature, appartient à la loi, cette autre au règlement. Il découle de là certaines conséquences que nous noterons dans la suite.

III. En fait, le pouvoir législatif, organe prépondérant et directeur, a été amené à se réserver, quand la Constitution ne les a pas énumérées elle-même, tout un ensemble de matières qu'il a faites siennes et qui, par là même, et par là seulement, échappent à la compétence du pouvoir réglementaire.

D'une façon générale, on peut dire que les règles permanentes sont du domaine de la loi, les règles transitoires du règlement. Cette distinction résulte d'une tradition constante. La loi est destinée à une longue existence, il est logique qu'elle se consacre exclusivement aux intérêts permanents et durables et abandonne au règlement les intérêts passagers et accidentels. D'autre part la loi, émanant presque directement du peuple par l'intermédiaire du Parlement, est plus prope à protéger les droits individuels que les règlements qui, émanant du gouvernement, pourraient avoir une tendance oppressive. Les limites de la loi et du règlement résultent donc surtout de considérations politiques et partant contingentes. Elles sont variables et ont varié avec les différents régimes.

Cependant certaines maximes générales sont admises par tous.

« Les règlements, dit Macarel, ne peuvent ni créer des pouvoirs publics, ni autoriser des impôts, ni définir des crimes, ni établir des peines, ni préjudicier aux droits publics des citoyens, ni statuer en quoi que ce soit sur leurs droits privés, autrement que pour développer les principes dont la loi leur confie les conséquences(1) ».

Reprenons l'examen des divers points indiqués par Macarel et qui sont, en quelque sorte, des axiomes de droit public.

a). *Les pouvoirs publics.* — Les pouvoirs publics, c'est-à-dire les organes essentiels de l'Etat, ne peuvent émaner que du législateur délégué par la nation souveraine à l'effet de les constituer. Les institutions publiques, dans tous les pays, sont l'objet de lois constitutionnelles ou tout au moins de lois organiques. Même les organes subordonnés ou secondaires ne sauraient être constitués que par la loi, car ils ont pour fonction, eux aussi, d'exprimer la volonté de l'Etat. Au dernier degré de la hiérarchie, les maires, bien qu'élus, tiennent leur pouvoir de la loi, et rien ne serait plus contraire au sens des faits que de voir régler par un décret leurs attributions. — Ces principes sont généralement incontestés.

Cependant on peut citer certaines dérogations à ces principes, tant il est vrai qu'en matière de droit public, il n'y a rien d'absolu ! Il s'agit de pièces importantes

1. Macarel. *Cours de droit administratif*. T. I. p. 50.

de l'édifice gouvernemental et administratif qui sont soumises au régime du décret.

Tout d'abord la composition du ministère. Combien y aura-t-il de ministres, quelle sera entre eux la répartition des affaires, comment se fera la démarcation des départements ministériels ? Autant de questions dont la solution est donnée aujourd'hui par le pouvoir exécutif.

Il n'est pas souhaitable, sans doute, que cette réglementation soit définie par la loi constitutionnelle dont le caractère d'immutabilité pourrait mal s'accorder avec l'éventualité des modifications nécessaires (1). Mais on peut soutenir que cette institution est plutôt du domaine de la loi que du décret.

C'est ce qu'avait décidé, sous l'empire de la Constitution de 1791, la loi du 27 avril 1791 : « Il appartient au pouvoir législatif de déterminer le nombre, la division, et la démarcation des départements du ministère » (art 2). La Constitution de l'an III également, laissait au corps législatif le soin de déterminer les attributions des ministres et leur nombre dans les limites qu'elle indiquait. De même la Constitution de 1848 édictait : « Le nombre des ministres et leurs attributions sont fixés par le pouvoir législatif ». — La Constitution de 1875 est muette sur ce point. Son silence n'enlève pas assurément aux Chambres

1. Seule la Constitution de l'an III avait statué sur cette question, mais seulement pour fixer, quant au nombre des ministres, un minimum et un maximum : « Ce nombre est de six et de huit au plus : » art. 150.

le droit de légiférer sur cette matière, mais celles-ci ont laissé depuis longtemps au chef de l'Etat la prérogative de créer de nouveaux ministères, de déterminer et de modifier la démarcation des différents départements. Des considérations politiques, dans lesquelles nous n'avons pas à entrer, ont perpétué ces errements. Cependant, en 1894, une proposition de loi due à l'initiative parlementaire et tendant à ériger l'administration des Colonies en ministère distinct, a été votée par la Chambre des députés et par le Sénat. De telle sorte qu'aujourd'hui, sur dix ministères, nous en avons neuf institués par décrets, et un seul par une loi. Ce dernier par conséquent ne peut être modifié que par une loi.

Voilà donc une même matière à la fois du domaine du pouvoir exécutif et du domaine du pouvoir législatif. On a dit qu'un des caractères du droit public est l'imprécision. Il est de fait que, dans cette conjoncture, ce caractère se révèle au plus haut point. Il paraîtrait naturel, puisqu'aussi bien l'institution des préfectures, leur nombre et les attributions des fonctionnaires placés à leur tête sont du régime de la loi, que la création des ministères et la limitation de leur compétence ne fussent pas du régime du décret.

Autre exemple. De nombreuses lois ont réglé l'organisation générale de l'armée. Le législateur lui-même a tenu à pourvoir à la constitution de ses cadres et de ses effectifs, à l'organisation de tous les services militaires et au commandement des vingt corps d'armée. Mais on

ne trouve aucun texte législatif réglant le commandement des armées en temps de guerre, ni la constitution du Conseil supérieur de la guerre. Ces matières d'une importance pourtant considérable, sont abandonnées au régime des décrets. Constitué par un décret réglementaire du 12 mai 1888, le Conseil supérieur de la guerre a été réorganisé par un décret de 1893 et par un autre de 1898. Enfin, tout récemment, un décret du 24 octobre 1899 est venu modifier encore les attributions des membres de ce Conseil.

Soumettre cette institution au régime de la loi serait le seul moyen de la mettre à l'abri des changements fréquents (1). La commission de l'armée de la Chambre des députés a fait déjà plusieurs tentatives dans ce sens, mais on ne voit pas que les pouvoirs publics soient disposés à entrer dans cette voie. Des objections d'ordre politique ont contrarié ces projets jusqu'à ce jour.

Quoiqu'il en soit, ces exemples sont de nature à démontrer combien les diverses circonstances de la vie sociale rendent flottantes et indécises les frontières de la loi et du règlement. Et l'on ne peut pas dire avec Mably que la puissance législative est éternellement l'ennemie de la puissance exécutive, puisque, dans les cas que nous venons de rapporter, les Chambres législatives se sont en quelque sorte récusées elles-mêmes pour statuer

1. Ducrocq, *op. cit.*, t. III, p. 221.

sur des matières rentrant incontestablement dans la sphère de leur compétence.

b) Impôts et finances publiques.

Le droit de voter les recettes et dépenses de l'Etat appartient aux représentants de la nation. Une loi seule peut accomplir cet office. Ce principe du droit public de la France est une des conséquences du principe fondamental de la souveraineté nationale. Il consacre un des attributs exclusifs de la puissance législative.

Les Etats généraux de l'ancienne France, toutes les fois qu'ils furent réunis, revendiquèrent âprement ces droits. Ceux de 1483 notamment entendaient déjà « que, dorénavant, on n'impose aucune somme de deniers sur le peuple, sans convoquer les Etats et sans avoir obtenu leur consentement conformément aux libertés et privilèges du royaume ».

Mais ce fut l'Assemblée nationale de 1789 qui fit entrer définitivement dans le droit public ces principes essentiels. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'août 1790 les énonçait ainsi : « Tous les citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentants la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. » La constitution de 1791 « déléguaît expressément au corps législatif les pouvoirs et fonctions de fixer les dépenses publiques et d'établir les contributions publiques. »

La Charte de 1814 reconnaissait également ce principe :

« Aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux Chambres et sanctionné par le roi. » Dans l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, l'article 35 portait : « Aucun impôt direct ou indirect, en argent ou en nature, ne peut être perçu... qu'en vertu d'une loi. » La Charte constitutionnelle de 1830 reproduisait les termes mêmes de la Charte de 1814. La constitution de 1848 (art. 16) de même : « Aucun impôt ne peut être établi ni perçu qu'en vertu d'une loi. »

Si ces règles n'ont pas été reproduites dans les Constitutions qui ont suivi et en particulier dans la Constitution de 1875 (1), c'est qu'en raison de leur évidence et de leur caractère fondamental, leur notation écrite eût été une véritable superfétation. D'ailleurs le doute n'a jamais pu s'élever à cet égard et chacune de nos lois de finances porte *in fine*, un article ainsi conçu : « Toutes contributions directes et indirectes autres que celles qui sont autorisées par la loi de finances, à quelque titre et sous quelque dénomination qu'elles se perçoivent, sont formellement interdites, à peine, contre les autorités qui les ordonneraient d'être poursuivies comme concussionnaires... etc. »

1. Toutefois, l'article 8 de la loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat, dit : « ... les lois de finances doivent être en premier lieu présentées à la Chambre des députés et votées par elle. » Si l'interprétation de ce texte a donné lieu à de vives polémiques relativement aux pouvoirs réciproques des deux Chambres, il n'en résulte pas moins, d'une façon indirecte, que ces matières sont considérées par la Constitution comme du domaine de la loi.

Le pouvoir législatif seul a le droit de lever des impôts. C'est là un axiome de droit public dans tous les pays qui ne sont pas soumis au régime d'un gouvernement absolu (1).

Je signalerai cependant une dérogation à ce principe. Les tarifs des douanes, faisant partie du système d'impôts perçus en France, ne peuvent, comme tous autres impôts, être établis et modifiés ou supprimés que par une loi. Cependant il en a été autrement de 1852 à 1869, en ce qui concerne les tarifs conventionnels écrits dans les traités de commerce. En effet, d'après l'art. 6 de la Constitution du 14 janvier 1852, l'Empereur faisait les traités de commerce. Et l'article 3 du Sénatus-Consulte du 25 décembre 1852 donnait force de loi à ces traités publiés par décrets sans ratification des chambres « pour les modifications de tarif qui y sont stipulées. » Mais cette anomalie a disparu. Notamment l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, aux termes duquel les traités de commerce, les traités engageant les finances de l'Etat, ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres, a fait rentrer les tarifs conventionnels des douanes sous l'application du principe général.

1. Constitution des Etats-Unis de 1787, I, 8. « Le congrès a le droit d'établir et de lever des taxes, droits, impôts et excises, etc. » — Constitution Bavaoise de 1818, VII, § 3 : « Le roi demande le consentement des Etats pour la perception de tous les impôts directs, de nouveaux impôts indirects ou pour le changement de ces derniers. » — Constitution prussienne de 1850, I, 99. — Constitution de l'Empire Allemand : « Toutes les recettes et dépenses de l'Empire sont proposées chaque année et portées au budget de l'Etat. Ce budget est fixé par une loi. » On pourrait multiplier les citations.

Dans les chapitres consacrés aux règlements d'administration publique, la question se posera de savoir si le législateur peut déléguer au Chef de l'Etat le droit de lever des taxes. Ce point a donné lieu à des controverses intéressantes que nous étudierons, le moment venu.

c). — *Droit criminel*. « Les règlements ne peuvent ni définir des crimes, ni établir des peines. » — Nous ajouterons ni créer des juridictions, ni déroger à des compétences.

Il s'agit ici, en effet, de régler l'exercice du droit de punir ou plutôt le droit de défense de la société.

Définir les crimes et les délits, c'est-à-dire déterminer quels faits de l'homme sont punissables, il n'y a pas de problème à la solution duquel les citoyens et l'Etat soient intéressés à un plus haut degré. Fixer des peines, c'est-à-dire rechercher, en vue de la protection sociale, quelle somme et quel genre de souffrance doit être infligée à l'être humain, il n'y a pas de tâche exigeant plus de circonspection et d'études approfondies. Quelles questions plus importantes également que l'organisation de la puissance chargée de juger, c'est-à-dire la juridiction, et de la marche à suivre pour arriver au jugement, c'est-à-dire la procédure.

La réglementation de tous ces objets, dont l'ensemble forme la matière du droit criminel, met en jeu l'honneur et la liberté des citoyens d'une part, et, de l'autre la sécurité de l'Etat. Pour être exempte de tout arbitraire, elle doit être entourée de toutes les garanties indispensables à la sauvegarde des intérêts collectifs et individuels. Au

législateur seul peut appartenir le soin de prendre ces décisions redoutables.

La déclaration des droits de 1790 n'a pas manqué de reconnaître solennellement ce principe : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » (art. 8).

De même l'article 4 du Code Pénal décide : « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par *la loi* avant qu'ils fussent commis. »

Il résulte de ces dispositions que nul acte ne saurait être incriminé et puni par le juge, aussi longtemps qu'il n'est pas incriminé et puni par le législateur.

Il est donc de principe que le droit criminel positif ne peut avoir sa source que dans les lois votées et promulguées suivant les formes constitutionnelles de chaque époque (1). Cette manière est interdite au pouvoir exécutif.

Cependant le chef de l'Etat fait des règlements. Et il s'en trouvera parmi eux dont l'exécution devra être assurée, comme l'exécution des lois elles-mêmes, par des sanctions pénales. Le chef de l'Etat est-il donc investi du droit d'établir des peines ? et l'acte réglementaire va-t-il organiser une sanction pénale pour les injonctions ou les prohibitions qu'il contient ? Ce serait là une dérogation remarquable aux principes que nous

1. Garraud. *Précis de droit criminel*, p. 103.

venons de rappeler. En étudiant précédemment la sanction pénale des règlements, nous avons vu qu'il n'en est rien et que le législateur s'est réservé à lui-même cette prérogative, en plaçant tout règlement sous la disposition générale de l'art. 471 § 15 du Code Pénal, ou en édictant des peines spéciales (1).

On pourrait citer cependant un décret du 2 octobre 1888 relatif aux étrangers résidant en France, qui a été l'objet de diverses critiques, au moment de sa promulgation, précisément parce qu'un de ses articles paraissait avoir édicté des pénalités. Mais cette dérogation était plus apparente que réelle. En effet, ce décret, après avoir soumis les étrangers qui se proposent d'établir leur résidence en France à l'obligation de faire, dans un délai déterminé, une déclaration d'identité, portait (art. 5) : « Les infractions aux formalités édictées par le présent décret seront punies des peines de simple police, sans préjudice du droit d'expulsion qui appartient au ministre de l'intérieur en vertu de la loi du 3 décembre 1849, art. 7 ». Cette disposition ne créait pas, à proprement parler, des pénalités, elle ne faisait que rappeler celles qui sanctionnent tous les règlements légalement faits par l'autorité administrative, c'est-à-dire qui sont contenues dans l'art. 471 § 15 du Code pénal. Cet art. 5 était parfaitement inutile, mais non pas illégal (2).

1. Voir p. 61 et suiv.

2. D'ailleurs ce décret a été dans la suite jugé insuffisant et remplacé par une loi du 8 août 1893. Cette loi qui règle la même

d) *Droits publics.* — Les règlements ne peuvent préjudicier aux droits publics des citoyens ? Qu'est-ce que les droits publics ? On les appelle parfois *droits de liberté*, parce qu'ils s'analysent en une abstention de l'Etat. Il s'agit là de la sphère de liberté laissée par l'Etat à l'individu ou aux groupements sociaux. Liberté de la Presse, liberté de réunion, liberté d'association, inviolabilité du domicile, liberté du commerce, liberté des professions, etc., Autant de matières qui sont et doivent être régies par le législateur qui assurera par des règles positives la garantie de ces différentes libertés.

De même les droits politiques : participation des citoyens au gouvernement, à l'administration, à la justice (jury), enfin le suffrage politique. Il ne peut être question d'abandonner au gouvernement le soin de régler tous ces droits, dont certains d'entre-eux, — tant est grand le prix qu'on y attache, — ont été qualifiés naguère de droits antérieurs et supérieurs aux lois positives.

e) *Droits privés.* — Que décide-t-on pour les droits privés ? Droits patrimoniaux, d'une part : droit de propriété, droit d'acquérir, de vendre, de contracter, d'ester en justice, etc. ; droits de famille, d'autre part : puissance

matière que le décret, — tant il est vrai que le domaine législatif et réglementaire se confondent fort souvent — punit les infractions d'amendes variant de 50 à 300 fr. et même d'emprisonnement de 1 à 6 mois. Il va de soi que le gouvernement n'eut pu édicter ces pénalités sans commettre un abus de pouvoir.

paternelle, puissance maritale, droit de tutelle, etc... Toutes ces matières peuvent-elles raisonnablement être l'objet des règlements du chef de l'Etat? « Si on laissait le pouvoir exécutif, dit M. Vivien, régler les droits des citoyens, la propriété, la condition des individus, on soumettrait à une mobilité qui dégénérerait souvent en arbitraire, des intérêts qui, avant tout, ont besoin de stabilité. » (1) A ce point de vue, tout le droit privé rentre dans le domaine de la loi.

IV. Nous venons d'indiquer, bien incomplètement d'ailleurs, en suivant l'énumération qu'a donnée Macarel, les matières qui sont traditionnellement réservées au pouvoir législatif. Peut-on de même établir une énumération semblable des matières qui appartiennent au pouvoir réglementaire et qui, par là même, sont soustraites à la compétence du législateur? Il n'y faut pas songer. En principe, le pouvoir législatif peut statuer sur tout, c'est-à-dire poser les principes généraux de la loi et, si bon lui semble, en suivre les conséquences et régler jusqu'aux détails d'exécution. C'est ce qu'il fait encore très souvent. S'il est admis en France que l'organe législatif doive s'en tenir aux grandes vues et laisser au pouvoir réglementaire les mesures transitoires et accidentelles, il arrive pourtant qu'il ne dédaigne pas d'y descendre. Voici, par exemple, l'article 7 du Code forestier qui, non seulement prescrit l'emploi du marteau pour

1. Vivien. *Etudes administratives*. T. I. p. 7.

la marque des bois, mais encore désigne le lieu du dépôt de son empreinte. Ces dispositions règlent assurément des détails d'application qui eussent pu être abandonnés à la sollicitude du pouvoir réglementaire. Au milieu d'exemples nombreux à citer, voici encore les articles 11, 12 et 13 de la loi de 1873 sur l'organisation de l'armée. Prenons l'article 11. Il édicte deux principes très importants : 1° le principe du recrutement territorial pour l'armée active ; 2° le principe du recrutement régional pour les réserves. Le législateur eut pu s'en tenir là. Et cependant, il a préféré assurer lui-même les moyens d'exécution de ces grandes règles. Il décide en effet que les réservistes sont immatriculés dans un corps de la région dans laquelle ils ont déclaré vouloir être domiciliés. Il va plus loin encore : il détermine les formes mêmes de cette immatriculation : « Elle sera mentionnée dans une colonne spéciale, sur le certificat indiqué en l'article 38 de la loi du 27 juillet 1872, de sorte que le militaire faisant partie de la réserve, sache toujours où il doit se rendre en cas de mobilisation, etc... » Ces derniers paragraphes assurent l'application du principe posé au début, jusqu'aux plus petits détails. Ces dispositions, plutôt que d'encombrer le texte de la loi, eussent été assurément mieux à leur place dans un règlement d'administration publique ou dans un règlement ordinaire.

En résumé, le législateur a la compétence pleine et entière. Il la bornera à son gré. Il est impossible, *a priori*, de dire où elle s'arrêtera. Aussi bien, le pouvoir législa-

tif et le pouvoir réglementaire peuvent être considérés comme deux organes exerçant la même fonction, l'un à titre principal, en maître, l'autre à titre auxiliaire, en subordonné.

Le subordonné a nécessairement sa compétence limitée par l'organe principal qui la restreint implicitement mais nécessairement.

Le Chef de l'Etat exerçant spontanément l'autorité réglementaire ne peut, sans commettre un abus de pouvoir, prendre aucune mesure qui fasse échec aux lois existantes. Il ne peut ni abroger, ni modifier, ni suspendre les dispositions d'un acte rendu dans la forme des lois. En un mot, la loi est la limite normale de son action.

Nous examinerons plus tard si le législateur qui, ainsi que nous venons de le montrer, resserre à son gré les frontières du pouvoir réglementaire, possède également la faculté, par un acte de volonté expresse, de les reculer et, par conséquent, d'élargir la compétence du Chef de l'Etat (1).

1. Voir Ch. VIII, IX et X.

CHAPITRE VI

DÉCRETS RÉGLEMENTAIRES PROPREMENT DITS (*suite*). GARANTIES ET VOIES DE RECOURS.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections. La première sera consacrée à l'examen des garanties destinées à protéger le pouvoir législatif contre les usurpations du pouvoir exécutif. Il s'agit de la protection organisée dans l'intérêt de la collectivité et qui réside dans la responsabilité politique et pénale des ministres et dans l'exercice du droit de pétition.

Dans la deuxième section, nous nous occuperons des recours ouverts aux citoyens ayant un intérêt direct et personnel à la réformation, à l'annulation ou à la non-application des actes réglementaires du Chef de l'Etat. Le recours gracieux est une voie naturellement ouverte pour obtenir la réformation d'un décret ; le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat peut en entraîner l'annulation. Enfin, la garantie judiciaire consiste, pour les intéressés, à contester devant les tribunaux la légalité des actes émanant du Président de la République.

Tels sont les différents moyens que la prévoyance du législateur a consacrés pour mettre à l'abri de tout acte préjudiciable les libertés publiques et les intérêts des citoyens. C'est dans cet ordre que nous les étudierons.

SECTION I.

Garanties d'intérêt général

I. *Responsabilité politique des ministres.* — Le gouvernement parlementaire est de tous le plus apte à prémunir les prérogatives de la puissance législative contre toute usurpation du pouvoir exécutif. Avec cette forme de gouvernement, les deux pouvoirs bien que séparés et investis d'une indépendance relative, se pénètrent assez pour contrebalancer leur influence réciproque et prévenir ainsi toute absorption de l'un par l'autre. Rappelons-en brièvement les règles fondamentales.

Le Chef de l'Etat, titulaire du pouvoir exécutif, choisit et nomme les ministres. Mais il les choisit dans la majorité du Parlement ou tout au moins dans la majorité de la Chambre des députés, parmi les chefs mêmes de cette majorité. De cette façon, c'est en quelque sorte les élus de la nation qui, indirectement, présentent les futurs ministres au choix du Président. Le ministère en effet ne peut vivre que s'il est soutenu par la majorité de la Chambre, et le seul moyen de le rendre viable est de prendre

ses membres parmi ceux que cette majorité considère comme ses directeurs et ses guides.

Le Président de la République préside le Conseil des ministres et peut y exercer une grande influence. C'est en son nom que sont rendus tous les actes du gouvernement. Ils sont revêtus de sa signature, nous l'avons vu. Mais il n'est responsable qu'en cas de haute trahison. Les ministres qui les contresignent, sont au contraire solidairement responsables devant le Parlement de toutes les décisions qui interviennent. Il en résulte qu'en fait ce sont eux qui prennent les initiatives et imposent la direction. Si donc, par suite d'actes qu'elle désapprouve, la Chambre des députés retire par un vote sa confiance au gouvernement, le Président de la République n'est pas atteint par ce vote, mais seulement le cabinet qui, dès lors, est dans l'obligation de démissionner tout entier. Telle est la sanction politique de la responsabilité ministérielle.

Or, dans ces conditions, qu'arriverait-il si un décret réglementaire portant la signature du Président et le contreseing d'un membre du cabinet, paraissait, par les dispositions qu'il contient, avoir dépassé les limites permises ? Il est à supposer que les Chambres s'empresseraient, par l'organe d'un de leurs orateurs, de solliciter du gouvernement les explications nécessaires. Et si l'abus était constaté, si le gouvernement avait outrepassé ses droits, une mise en demeure du Parlement l'obligerait à rapporter ou à modifier le décret incriminé, ou bien un vote de blâme l'acculerait à une démission immédiate.

Ainsi, dans tous les cas, les prérogatives du Parlement seraient sauvegardées. C'est là une garantie capitale et qui dépasse toutes les autres par son efficacité. Aussi longtemps que le régime parlementaire fonctionne régulièrement et suivant les principes que nous venons d'indiquer, on peut être certain que l'autorité réglementaire ne tentera jamais de légiférer au détriment des Chambres. Leur contrôle permanent rend toute usurpation impossible. Le pouvoir limitant le pouvoir, chacun est maintenu dans sa sphère.

II. *Responsabilité pénale.* — Pourtant, il s'est trouvé des époques troublées où, en dépit de cet obstacle, les bornes ont été franchies. Témoin les ordonnances de Juillet. Nous avons précédemment indiqué comment et à l'aide de quelle interprétation abusive, elles ont été rendues. Le moment est venu de parler de la sanction qui a suivi cette violation des lois. Il s'agit ici de la responsabilité pénale des ministres. Et le meilleur exemple qu'on en puisse donner est précisément le procès intenté aux ministres de Charles X.

La révolution ayant éclaté, Charles X s'entuit et déserta le trône. Après ces événements, quelques-uns pensèrent que le roi ayant été chatié, ses ministres devaient demeurer indemnes. « La responsabilité des ministres, disait-on, n'est qu'un corollaire de l'inviolabilité royale. On n'a pas respecté l'inviolabilité de Charles X, donc ses ministres ont cessé d'être responsables. » A cet argument on répon-

dit que les ministres avaient contresigné les ordonnances, qu'en refusant leur signature ils eussent pu mettre obstacle à la tentative criminelle du roi, que l'ayant donnée, ils étaient au moins ses complices. En conséquence, ils furent mis en état d'arrestation et poursuivis pour crime de haute trahison (1). Et le 21 décembre 1830, la Cour des Pairs qui avait été appelée à les juger, rendait un arrêt dont les premiers considérants sont ainsi conçus :

« Considérant que par les ordonnances du 25 juillet,
« la Charte de 1814, les lois électorales et celles qui assu-
« raient la liberté de la presse, ont été manifestement
« violées, et que le pouvoir royal a usurpé la puissance
« législative ;

« Considérant que, si la volonté personnelle du roi

1. Un défenseur, M. Sauzet, dans une éloquente plaidoirie qui eut un grand retentissement à l'époque, proclama que la nécessité était l'interprétation vivante des chartes ; qu'une société ne pouvant jamais se commander à elle-même le suicide, il était des crises où il fallait la bouleverser, sous peine de la détruire ; que l'art. 14, par conséquent régissait le monde, et se trouvait écrit dans la nature des choses, lorsqu'il ne l'était pas dans les Constitutions ; que les peuples après tout, avaient leur art. 14 comme les rois, les révolutions n'étant que la contrepartie des coups d'Etat. Il n'y avait donc qu'une question à examiner : les ordonnances avaient-elles été rédigées sous la loi de cette nécessité souveraine ?— Cette théorie audacieuse tendait à justifier les coups d'Etat et, comme contre partie, le droit d'insurrection. Si les coups d'Etat sont injustifiables lorsqu'ils n'ont pour objet que l'intérêt d'une dynastie, l'insurrection peut certainement être considérée, dans les cas extrêmes, comme légitime, quand il s'agit vraiment de sauver la liberté en péril. Cf. Bluntschli, (*Théorie générale de l'Etat, in fine*).

« Charles X a pu entraîner la détermination des accusés,
« cette circonstance ne saurait les affranchir de la res-
« ponsabilité légale ;

« Considérant qu'il résulte des débats que... responsa-
« bles aux termes de l'art. 43 de la Charte, ils ont
« contresigné les ordonnances dont ils reconnaissent
« eux-mêmes l'illégalité, qu'ils se sont efforcés d'en pro-
« curer l'exécution etc...

« Les déclare coupables du crime de trahison. »

Mais aucune loi n'ayant déterminé la peine de la trahison, la Cour se dit dans la nécessité d'y suppléer et les condamna à la prison perpétuelle.

La condamnation fut donc prononcée malgré l'adage : *nulla poena sine lege*. Cependant il est admis, et c'était l'opinion des publicistes de l'époque, que la Haute Cour de justice qui juge les ministres était compétente pour déterminer les faits punissables et la peine à appliquer. Cette opinion paraît prévaloir encore de nos jours.

Aujourd'hui la responsabilité pénale des ministres est organisée par l'art. 42, deuxième alinéa, de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. « Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas ils sont jugés par le Sénat ». L'usurpation par le Gouvernement de la puissance législative donnerait lieu à la sanction des articles 127 et 130 § 1 du Code Pénal. Ces articles sont applicables aux administrateurs qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par

des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou plusieurs lois. L'art. 127 déclare les auteurs de cette immixtion coupables de forfaiture.

Telles sont les sanctions d'ordre constitutionnel qui peuvent, suivant les cas, préserver le pouvoir législatif des tentatives téméraires ou criminelles du pouvoir exécutif. Il est à remarquer que le principe de la responsabilité politique des ministres suffira la plupart du temps à maintenir le gouvernement dans sa sphère d'action.

III. *Droit de pétition.* — L'exercice du droit de pétition offre une garantie de même nature que les précédentes. Elle a eu jadis une grande importance, au temps du régime censitaire : « La pétition, écrit Cormenin, formule des vœux politiques, littéraires, religieux, scientifiques, administratifs, ou bien exprime des plaintes. Par elle, le dernier des prolétaires monte à la tribune et parle publiquement devant toute la France. Par elle, le français non éligible, ni même électeur, ni même citoyen, peut exercer l'initiative comme les députés, comme le gouvernement lui-même... Par elle, le citoyen opprimé ou froissé dans ses intérêts peut venir devant les représentants du pays demander ce qu'il croit lui être dû, ou comme grâce, ou comme justice, et attaquer tout acte qui lui fait grief. »

En dépit des avantages que fait valoir, avec tant d'éloquence, l'éminent publiciste, il n'est pas douteux que le

droit de pétition n'ait considérablement perdu de son intérêt. S'il a pu jouir d'une faveur appréciable, alors qu'une minorité privilégiée avait seul le droit de suffrage, il n'en saurait être de même aujourd'hui, où, sous le régime du suffrage universel, tout citoyen peut exercer une action politique et influencer plus ou moins directement sur les conseils du gouvernement. Sans doute, si un décret réglementaire était de nature à soulever les critiques ou les protestations d'un certain nombre de citoyens, ceux-ci, en adressant une pétition au président du Sénat ou au président de la Chambre des députés, pourraient saisir ainsi le Parlement de leurs doléances. Mais ils préféreraient généralement agir de vive voix sur les députés de leur voisinage, et les intéresser à leurs réclamations. Au surplus, les citoyens protestataires ont une tribune autrement retentissante que celle dont parle Cormenin, c'est la presse, dont les organes se feront aisément l'écho des plaintes et des remontrances qu'il y aura lieu d'adresser aux pouvoirs publics. En un mot, les libertés politiques constituent contre les abus de pouvoir des garanties d'une telle efficacité que le droit de pétition apparaît aujourd'hui comme un moyen superflu, comme une arme vieillie et démodée.

SECTION II.

Voies de recours contre les règlements.

I. *Recours gracieux.* — Toute personne qui se prétend

froissée dans ses intérêts ou même simplement atteinte dans ses espérances par un décret du Chef de l'Etat, pourra toujours, à titre purement gracieux, en demander la réformation au Chef de l'Etat lui-même. Il appartiendra à celui-ci de juger s'il y a lieu de soumettre l'affaire à un nouvel examen, et de tenir compte de la réclamation qui lui sera parvenue. Il accordera satisfaction, si bon lui semble, à charge pourtant de respecter les droits qui seraient acquis aux tiers. Au lieu d'être soumis à des formalités de rigueur, à des délais de déchéance, comme les recours contentieux, le recours au Chef de l'Etat, n'est assujéti à aucune règle. Il peut être exercé à toute époque et même reproduit après insuccès.

Malgré ces facilités, on peut observer que cette voie de recours est une de celles qui offrent le moins de chance de réussite aux intéressés. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait supposer que l'acte réglementaire rendu dans l'intérêt général, eût méconnu des intérêts particuliers d'une puissance singulière. Tant de légèreté dans l'exercice du pouvoir réglementaire n'est guère admissible. Il suffit cependant que cette hypothèse puisse se réaliser pour ne pas omettre cette garantie d'un caractère tout problématique.

II *Recours en annulation.* — Le recours pour excès de pouvoir est d'ordre contentieux. Bien qu'ayant tous les caractères de l'acte législatif, le décret réglementaire, nous l'avons vu, doit-être considéré, en droit, comme un

acte administratif, comme le sont tous les actes émanés du Chef de l'Etat agissant en qualité d'administrateur suprême du pays. Mais c'est un acte administratif d'une nature particulière qui ne saurait donner lieu, eût-il pour effet de violer des droits, au recours contentieux de pleine juridiction, comme l'acte administratif proprement dit, spécial et individuel (1). Les décrets réglementaires ne peuvent être soumis qu'au recours général pour excès de pouvoir et incompétence.

Pourquoi en est-il ainsi? Pourquoi le recours contentieux proprement dit, tendant à la réformation de l'acte attaqué, n'est-il pas ouvert contre les règlements? C'est, dit-on, que les règlements sont des actes complémentaires de la loi, et constituent plutôt des faits de législation secondaire que d'administration (2).

Sans doute les règlements sont des actes de législation empruntant les formes des actes administratifs, mais si l'on invoque ce caractère pour les faire échapper au contentieux de pleine juridiction, ne semble-t-il pas qu'on doive, pour le même motif, les affranchir du contentieux de l'annulation? Ce serait manquer de logique que de rester à mi-chemin. La loi en effet échappe à toute espèce de recours contentieux.

En réalité, ce n'est pas parce qu'ils participent de la nature de la loi que les règlements ne peuvent-être l'objet d'un recours contentieux au fond. La raison est tout

(1-2). Ducrocq. op. cit. T. II. p. 18 et p. 28.

autre. C'est que ce recours aboutirait ou pourrait aboutir à une réformation, à une modification des dispositions attaquées. Or, réformer un règlement, qu'est-ce-cela ? C'est exercer le pouvoir réglementaire. Et dans ce cas, qui l'exercerait ? Le Conseil d'Etat qui n'a pas cette prérogative et qui, par là même, se substituerait indûment au Président de la République. Le recours contentieux proprement dit n'est pas ouvert aux intéressés, tout simplement parce que le pouvoir réglementaire n'appartient pas aux autorités de l'ordre juridictionnel. (1)

Mais le Conseil d'Etat est chargé « de statuer souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». C'est l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 qui a définitivement fondé cette compétence. Le germe en était contenu dans l'art. 3 de la loi des 7-14 octobre 1790 que le Conseil d'Etat avait largement développé. Les dispositions de l'article 9 n'ont été, en définitive, que la consécration d'une longue jurisprudence.

Voyons donc dans quelles conditions la juridiction administrative suprême est appelée à statuer ?

Il importe de le dire tout d'abord, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, ne peut examiner le fond de l'affaire, mais seulement la question d'incompétence ou d'excès de pouvoir. Il n'a qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans les limites de

1. Revue générale d'administration, 1893. T. I. p. 416 et suiv.

ses pouvoirs ? S'il y est resté, le Conseil d'Etat laisse subsister l'acte ; s'il en est sorti, il l'annule. Il ne peut ni statuer au lieu et place de l'acte annulé, ni prescrire les mesures qui peuvent être la conséquence de l'annulation prononcée. Le Président de la République seul peut, si bon lui semble, substituer de nouvelles dispositions à celles dont l'annulation aura été prononcée (1).

Ce recours pour excès de pouvoir diffère donc considérablement du recours contentieux proprement dit.

Examinons maintenant les conditions de recevabilité de ces recours, et les cas d'excès de pouvoir.

a). La qualité requise pour former un recours pour excès de pouvoir naît de l'intérêt direct et personnel que la partie peut avoir à l'annulation de l'acte. Mais cet intérêt ne saurait se confondre avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité et qui pourrait suffire pour inspirer une pétition aux pouvoirs publics. Le recours pour excès de pouvoir ne peut se fonder que sur les intérêts propres du réclamant, car les intérêts généraux ont des représentants investis d'un caractère public, auxquels de simples particuliers n'ont pas le droit de se substituer.

Il n'est pas nécessaire qu'on puisse se prévaloir d'un droit. Un règlement peut être attaqué par chacun de ceux à qui des obligations sont imposées et qui ont inté-

1. Aucoc. *Conférences sur le droit administratif*. T. I. p. 459.
Ducrocq, *ibidem*. p. 29.

rêt à s'y soustraire. Ceux qui font partie d'une collectivité peuvent bien agir *ut singuli*, à raison de leurs intérêts particuliers, mais non pas *ut universi* pour la défense d'intérêts généraux qu'ils n'ont pas mission de défendre (1).

De ce que les tribunaux judiciaires sont compétents, ainsi que nous le verrons, pour vérifier la légalité des actes réglementaires, on s'est demandé si le Conseil d'Etat ne devait pas écarter, comme non recevable, un recours pour excès de pouvoir formé contre un décret réglementaire, lorsque les citoyens ont à leur disposition un autre moyen qui leur permette de détourner les effets de l'acte administratif. C'est ce qu'on appelle, en droit administratif, la théorie du recours parallèle. Nous sortirions du cadre de cette étude, si nous indiquions les diverses controverses dont elle est l'objet. Mais il est nécessaire d'élucider tout au moins la question particulière de recevabilité qui intéresse directement notre sujet.

Sans doute il est juste que le recours pour excès de pouvoir soit écarté quand les parties ont une *action* pour faire valoir leurs droits devant une autre juridiction. S'il en était autrement, on pourrait, à l'envi, déroger à l'ordre de juridiction établi par des textes spéciaux, ce qui est inadmissible. Mais lorsqu'elles n'ont à leur disposition qu'une *exception*, qu'un moyen de défense contre des poursuites à fins répressives, il ne serait ni juridique ni équitable de leur opposer une fin de non-recevoir. Dans

A. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*. T. II. p. 436 et suiv.

le cas de l'art. 471 du Code pénal, on ne saurait considérer le moyen de défense tiré de l'illégalité de l'acte réglementaire comme l'équivalent d'une *action*, ni exiger que la partie lésée soit réduite à la défensive devant le juge de répression, au lieu de prendre l'offensive devant le juge de l'excès de pouvoir (1). Autrement qu'arriverait-il ? Pour attaquer l'acte qui les blesse, les intéressés seraient dans la nécessité d'y contrevenir au préalable et d'encourir des poursuites ! Telle n'a pu être la pensée du législateur. Cependant un certain nombre d'arrêts du Conseil d'Etat, antérieurement à 1872, avaient consacré cette doctrine (2).

Aujourd'hui, le recours pour excès de pouvoir est toujours recevable, nonobstant la faculté qu'auraient les intéressés de contester la légalité de l'acte devant les tribunaux judiciaires en cas de poursuite pour contravention. Cette doctrine s'est affirmée par un arrêt de principe rendu le 29 novembre 1872 (*Baillergeau*) (3).

En principe, le recours au Conseil d'Etat contre la décision d'une autorité qui y ressortit, n'est pas recevable après trois mois du jour où cette décision a été notifiée. (R. 1806, art. 11).

b). Les conditions de recevabilité étant indiquées, demandons-nous quels moyens d'annulation peuvent être

1. Laferrière, *ibidem*. p. 480. et suiv.

2. Cons. d'Etat 19 mai 1865 *Barthélemy et autres* ; 28 février 1866, *Lavenaut* ; 4 février 1869. *Mazet*.

3. Aucoc, *op. cit.*, T. I. n° 299. — Ducrocq, *op. cit.*, T. II, p. 37.

invoqués par les intéressés ? On reconnaît généralement trois cas d'annulation : l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir.

Les deux derniers donnent lieu souvent à l'annulation d'actes réglementaires émanant des préfets et des maires. En ce qui concerne les décrets réglementaires, le défaut de publication seul semble pouvoir constituer un vice de forme. Le détournement de pouvoir qui consiste, pour l'auteur de l'acte, à user des pouvoirs lui appartenant pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui sont conférés, ne paraît pas être de nature à entacher un acte du Président de la République. On ne voit pas en effet comment un décret statuant en apparence dans l'intérêt général prescrirait en réalité des mesures en vue d'intérêts privés.

L'incompétence au contraire est le cas d'annulation type, on la définit : l'incapacité légale d'une autorité à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions. Tout ce que nous avons dit précédemment, en cherchant à poser les limites du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat, pourrait nous dispenser de nous arrêter à cette question. Cependant il y a des degrés dans l'appréciation de l'incompétence, et il est intéressant de les noter.

L'empiétement sur l'autorité législative peut être une véritable usurpation de pouvoir, ou simplement le résultat d'une erreur. Et dans ces deux cas, les conséquences différeront.

L'usurpation de la puissance législative emporte la nullité même de l'acte du Chef de l'Etat. Elle peut être prononcée d'office par le Conseil d'Etat, même si la requête a omis de l'invoquer. Egalement un décret modifiant des lois existantes, pourrait être considéré comme non avenu et non obligatoire par le tribunal devant lequel on voudrait s'en prévaloir (1), sans qu'il fût besoin qu'un arrêt du Conseil d'Etat eût prononcé son annulation. La nullité est d'ordre public. L'acte est considéré comme inexistant.

Au contraire, nous l'avons vu, il y a des cas où les limites de la compétence administrative à l'égard du pouvoir législatif ne sont pas toujours faciles à tracer. On ne peut assimiler à une manifeste usurpation de pouvoir l'empiétement du Chef de l'Etat qui aurait eu des raisons de penser qu'il demeurerait dans les limites de son action. C'est précisément dans cette conjoncture que le Conseil d'Etat ne pouvant *de plano* déclarer l'acte inexistant, aura à en apprécier la force obligatoire. La distinction entre l'usurpation inconstitutionnelle et la simple incompetence sera parfois fort délicate à établir. Et c'est ce qui

1. Laferrière. *Ibidem*, p. 499. Le savant auteur fait remarquer, avec raison, que s'il était nécessaire de recourir à la procédure d'excès de pouvoir pour faire tomber des actes entachés d'une incompetence aussi absolue, on pourrait en conclure que ces actes peuvent acquérir un caractère définitif et obligatoire s'ils ne sont pas attaqués dans le délai de trois mois ; or cette ratification tacite, ajoute-t-il, admissible pour un acte annulable, ne saurait l'être pour un acte légalement inexistant.

explique également que les articles du Code pénal cités plus haut, punissant les administrateurs qui se sont immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, ne sont pas applicables dans tous les cas d'excès de pouvoir. *Est modus in rebus*, il était utile de l'indiquer.

III. *Pouvoir des tribunaux relativement à la légalité des actes réglementaires.* — En étudiant le recours pour excès de pouvoir, nous avons effleuré l'examen de la question qui est l'objet de ce paragraphe. Elle est trop importante pour ne pas la reprendre et la serrer de plus près. Elle constitue en effet une exception notable à la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire. Les tribunaux de tout ordre étant compétents pour apprécier la légalité des règlements administratifs, peuvent par là même faire échec aux volontés du Chef de l'Etat agissant comme administrateur suprême.

Quelle est la nature et l'origine de cette prérogative ? Dans quelles conditions et quelles limites les tribunaux judiciaires l'exercent-ils ? Tels sont les quatre points que nous devons examiner.

a) A la différence du Conseil d'Etat, les tribunaux ne peuvent statuer d'une manière générale sur la validité d'un décret et l'annuler. Le Conseil d'Etat seul a le pouvoir d'annulation. Mais les parties lésées par un règlement illégal peuvent l'enfreindre ou opposer la force d'inertie et se soustraire à son exécution. Si, par ce fait, elles sont traduites devant les tribunaux, les juges exa-

mineront si l'acte réglementaire est entaché du vice qu'on lui reproche, et, en cas d'affirmative refuseront de l'appliquer aux faits de la cause (1).

Cependant il est défendu de rien entreprendre sur les fonctions administratives (L. des 16-24 août 1790, t. II, art. 13), ni de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient (L. 16 fructidor an III). Comment concilier avec ces dispositions prohibitives la prérogative que nous avons reconnue aux tribunaux judiciaires ?

Les tribunaux, observe-t-on, ne réforment pas l'acte considéré comme illégal, ils vérifient simplement sa force obligatoire et le tiennent comme inexistant s'il a été rendu en dehors des limites assignées au pouvoir réglementaire. Tous les jugements, en effet, doivent être motivés sur une loi ou sur un décret puisant sa force dans la loi dont il n'est qu'une dépendance, et les juges ne doivent avoir aucun égard aux actes qui ne rentrent pas dans l'une ou l'autre catégorie. Institués pour prononcer sur des espèces déterminées et pour ne prononcer que conformément à la loi, il est de toute nécessité qu'ils apprécient la valeur de l'acte sur lequel on leur demande de baser leur jugement, « sinon les tribunaux qui doivent être les protecteurs des droits et de la liberté des citoyens, ne seraient plus que les soutiens aveugles du despotisme (2). »

1. Serrigny. *Compétence administrative*, t. I, p. 24 et suiv.

2. Foucart. *Droit administratif*, t. I, p. 106 et 107.

Ce pouvoir très remarquable que les tribunaux ont, en France, à l'égard des actes réglementaires illégaux, est exactement le même qu'ont les tribunaux, aux Etats-Unis, à l'égard des lois inconstitutionnelles. Les américains, en effet, ont établi par leur Constitution la limitation du droit des assemblées législatives et ont poussé jusqu'au bout la logique de cette limitation en organisant une sanction rigoureuse. Les tribunaux valablement saisis d'un litige ont le droit d'apprécier si la loi invoquée par les parties est ou non contraire aux dispositions de la Constitution. Si elle l'est, ils ne l'annulent pas ; mais, comme en France en matière de règlements, ils refusent de baser leur jugement sur le texte dont se prévalent les intéressés. Tout ce que le pouvoir législatif a décidé dans les limites imparties par la loi constitutionnelle est valable. Tout ce qui est fait en dehors de ces limites ne vaut rien. En droit, la loi ainsi faite n'en est pas une. En la votant, la législature n'a pu agir comme corps légiférant (1). Les tribunaux la tiennent pour nulle. En définitive, c'est de la même idée de limitation que découle pour les tribunaux, aux Etats-Unis comme en France, le pouvoir qui leur est attribué.

Mais dans notre pays, sous l'empire des constitutions écrites qui se sont succédé de 1791 à nos jours, les tribunaux n'ont jamais eu compétence pour apprécier la

1. M. Larnaude, à son cours (1898-1899) V. de Tocqueville. *La démocratie en Amérique*. T. I. ch. VI. — Esmein *op. cit.* p. 395 et suivantes.

constitutionnalité des lois. Pourvu qu'elles soient votées et promulguées suivant les formes établies, elles sont obligatoires pour les tribunaux qui doivent les appliquer et non en juger la valeur constitutionnelle.

b). Cependant le système américain a eu des imitateurs en France. Siéyès, entre autres, soutint que pour faire respecter une constitution limitative, il fallait un pouvoir spécial, ayant compétence pour annuler les actes et les lois qui y seraient contraires. Cette autorité gardienne de la constitution qui ne pouvait pas être le pouvoir judiciaire, fut la *jurie constitutionnaire*. « C'est un véritable corps de représentants que je demande, disait Siéyès, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la constitution (1) ».

La *jurie constitutionnaire* de Siéyès devint, on le sait, le Sénat conservateur de la Constitution de l'an VIII, dont nous avons précédemment indiqué le rôle. D'après l'art. 21 déjà cité : il « maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement ». Si le Sénat conservateur n'usa pas de son pouvoir en ce qui concerne les décrets-lois de l'époque, il n'en résulte pas moins que ses prérogatives faisaient obstacle à la compétence des tribunaux judiciaires, qui, ainsi, n'eurent point à vérifier la légalité des actes du pouvoir exécutif, durant toute la période du Consulat et de l'Empire.

Mais après la chute de l'Empire, les Chartes de 1814 et de 1830 n'ayant institué aucune autorité chargée de statuer sur les ordonnances royales susceptibles d'être attaquées comme inconstitutionnelles, le pouvoir d'en apprécier la force obligatoire se trouva naturellement dévolu aux tribunaux qui purent ainsi en refuser l'application (1).

Il est à noter en effet qu'avant que ce pouvoir ne fût expressément consacré par un texte en matière répressive, les tribunaux suivaient déjà cette voie en matière civile et en matière commerciale. Les dispositions de l'article 471 § 15 du Code pénal qui ont été ajoutées par la loi de révision de 1832, n'ont fait que consacrer une règle préexistante et supérieure. Et comme tous les jugements rendus par les tribunaux de l'ordre judiciaire aboutissent à la Cour de cassation par le moyen du recours pour excès de pouvoir, c'est en elle, en définitive, qu'est venue se centraliser cette espèce de garantie contre les empiétements du pouvoir exécutif sur le domaine de la loi (2).

1. Aubry et Rau. *Cours de droit civil*. T I. § 5. p. 13.

2. Garraud, *Précis de droit criminel*, p. 106. — Un arrêt de la Cour suprême du 15 janvier 1829 a posé les principes de cette compétence d'une façon si précise et si complète qu'il importe d'en reproduire les principaux considérants :

« Considérant que, depuis la promulgation de la Charte, il est de
« principe absolu que les ordonnances du roi, ne peuvent pas annu-
« ler les lois ni déroger à leurs dispositions ; qu'elles doivent, au
« contraire, en assurer l'exécution dans les limites du pouvoir
« réglementaire ; — considérant que les tribunaux institués par le

c. — Avant de rendre un jugement basé sur un décret réglementaire, les tribunaux ont à examiner plusieurs questions :

Emane-t-il d'une autorité ayant le pouvoir réglementaire ? A-t-il été pris par cette autorité dans les limites de sa compétence ? A-t-il été fait et a-t-il été rendu

« roi pour rendre la justice selon les lois du royaume, sont spécialement chargés d'en faire l'application à tous les cas particuliers
« soumis à leur juridiction ; que cette application ne pourrait pas
« se faire, ou serait totalement illusoire, s'il était vrai qu'en présence des principes ci-dessus proclamés, ils dussent aveuglément
« appliquer comme lois, des ordonnances qui y seraient diamétralement contraires, ou qui auraient illégalement prononcé l'abrogation de quelque loi ; — qu'une telle obligation imposée aux tribunaux serait subversive de leur indépendance qui est la garantie
« des justiciables ; qu'il suffit enfin, pour reconnaître l'erreur d'une telle doctrine, de poser un exemple, et de se demander ce que les
« magistrats devraient faire, si, contrairement à l'article 4 du Code pénal, une ordonnance était rendue, sans le concours des trois
« pouvoirs, pour modifier les peines correctionnelles ou criminelles, ou pour en prononcer de nouvelles ; que vainement donc on
« chercherait à opposer qu'il existe des lois, notamment celle du 16 fructidor an III, qui interdit aux tribunaux de connaître des
« actes d'administration et d'en empêcher l'exécution ; ... que lorsqu'on vient devant eux en demander l'application à telle ou telle
« espèce en litige, comme on vient de prouver qu'il est dans leur attribution de faire l'application des lois, et que la Charte est la
« première de toutes, ils pourraient évidemment refuser de prendre
« pour base de leurs décisions ou arrêts des actes administratifs ou des ordonnances, si, étant contraires aux lois, elles avaient été
« rendues hors du pouvoir réglementaire ; — qu'ainsi les tribunaux
« étant compétents pour examiner en certains cas, lorsqu'ils en sont valablement saisis, la légalité d'une ordonnance du roi, etc... »
Cass., 15 janvier 1829, Sirey, 1829. I. 172.

exécutoire suivant les formes exigées par la loi ?

On peut citer bon nombre de jugements et d'arrêts où les tribunaux ont refusé d'appliquer aux faits de la cause des décrets rendus par le Chef de l'Etat en dehors des limites de sa compétence. Parmi les plus intéressants, voici, par exemple, l'arrêt de la Cour de Metz confirmant un jugement du tribunal de la même ville à la date du 31 juillet 1829. Une ordonnance du 24 juillet 1816 prononçait la peine de l'emprisonnement et de l'amende contre tout détenteur d'une arme de guerre. Le sieur Léon Cerf ayant été trouvé, en 1828, nanti d'un pistolet de calibre, fut poursuivi correctionnellement devant le tribunal de Metz en exécution de cette ordonnance. A l'audience, le ministère public requit la condamnation du prévenu à 24 heures de prison et à 3 francs d'amende, outre la confiscation de l'arme. Le jugement, qui fut confirmé par la Cour, prononçait la confiscation, mais rejetait le surplus, par ces motifs :

« Attendu que le roi, dans sa haute sagesse, a, dans la Charte constitutionnelle, par l'article 4, garanti la liberté individuelle, de manière à ce que personne ne fût poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit ;

« Attendu que par l'article 14 de la dite Charte, Sa Majesté fixe elle-même quelles sont les bornes et les attributions auxquelles elle veut restreindre sa puissance royale ; qu'ainsi, il est constant que l'ordonnance du 24

juillet 1816... par cela seul qu'elle prescrit des peines d'emprisonnement et des amendes, peines qui ne peuvent être établies que par une loi... sort évidemment des attributions que le roi a fixées ; et que les appliquer de la part des tribunaux, ce serait méconnaître et agir contre la volonté souveraine, solennellement exprimée dans le pacte fondamental des libertés publiques ; ...

« Attendu que les tribunaux ne font qu'user du pouvoir qui leur appartient en examinant la légalité des actes du gouvernement, que ce principe est consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 janvier 1829 etc... »

Et la Cour confirma le jugement du tribunal.

Voici maintenant un jugement rendu en matière commerciale, au lendemain des ordonnances de Juillet. L'une de ces ordonnances, on s'en souvient, défendait la publication de tout journal qui n'aurait pas été autorisé expressément, sous peine notamment, pour l'imprimeur, de voir briser ses presses. Malgré cela, MM. La Pelouze et Châtelain, propriétaire et gérant du *Courrier français*, résolurent d'en continuer la publication. Mais le S^r Gaultier-Laguionie, imprimeur, engagé envers eux par un traité, prétendit que son engagement n'était plus obligatoire, et invoqua le cas de force majeure résultant, selon lui, des dispositions de l'ordonnance. Le litige fut porté devant le tribunal de Commerce de la Seine qui, le 28 juillet 1830, rendit le jugement suivant :

« Considérant que, par convention verbale, Gaultier-

Laguionie s'est engagé à imprimer le journal le *Courrier français*;... que cette ordonnance contraire à la Charte, ne saurait être obligatoire ni pour la personne sacrée et inviolable du roi, ni pour les citoyens aux droits desquels elle porte atteinte; considérant, au surplus, qu'aux termes mêmes de la Charte, les ordonnances ne peuvent être faites que pour l'exécution et la conservation des lois, et que l'ordonnance citée aurait au contraire pour effet la violation des dispositions de la loi du 28 juillet 1828.... » Pour ces motifs, le tribunal condamna l'imprimeur (1).

Ces exemples suffisent pour montrer comment s'exerce la compétence des tribunaux statuant sur l'exception d'illégalité qui est soulevée au cours d'un litige par les intéressés.

d). S'ils peuvent examiner la question de savoir si le décret réglementaire est rendu par une autorité compétente, ou dans les limites de la compétence, ou suivant les formes imparties par la loi, il ne leur appartiendrait pas de se préoccuper de la justice ou de l'efficacité des mesures ordonnées légalement par l'autorité administrative. Il y aurait là un empiètement qui ne saurait être toléré. C'est ce que la Cour de cassation a décidé en maintes circonstances, et notamment en cassant un jugement d'un tribunal de police qui avait refusé d'appliquer un règlement pour des motifs étrangers à l'illégalité de cet acte administratif :

1. Sirey, 1820, 2 p. 223.

« Attendu que le tribunal de police n'a compétence que pour rechercher si l'arrêté est légal, que ce n'est pas à lui, mais à l'autorité administrative supérieure qu'il appartient d'apprécier les inconvénients résultant de la difficulté plus ou moins grande qui pourrait se présenter dans l'exécution; qu'en admettant le contraire et en acquittant les prévenus à raison des inconvénients que pouvait présenter l'exécution de la mesure, le juge de police a commis un excès de pouvoir et violé les principes de sa compétence.... » (1).

Dans ces limites, le droit d'examen et le refus de concours des tribunaux judiciaires présentent une des garanties les plus précieuses contre les abus du pouvoir exécutif. Grâce à leur indépendance et à leur résistance éclairée, ils permettent aux citoyens de se protéger contre toute atteinte illégale, sans que, d'autre part, il y ait lieu de redouter aucune usurpation sur le domaine administratif. Cette protection s'ajoutant aux précédentes, on peut conclure que le législateur a entouré l'exercice du pouvoir réglementaire d'un faisceau de précautions telles que les libertés publiques aussi bien que les intérêts des citoyens apparaissent complètement à l'abri de toute entreprise audacieuse.

1. Cass. 24 février 1884. S. 84. 1. p. 485. Voir également Cass. 11 janvier 1878 S. 1879. 1. 332.

CHAPITRE VII.

APPLICATION DANS LE PASSÉ DES RÈGLES PRÉCÉDENTES.

Nous avons passé en revue les garanties et recours destinés à maintenir le pouvoir exécutif dans sa sphère d'action. Il nous reste à examiner quelle a été ou quelle pourrait-être, le cas échéant, l'application de ces règles, à l'égard des actes illégalement rendus sous l'empire des Constitutions qui ont précédé celle de 1875. Nous indiquerons également quelle a été la destinée des actes législatifs décrétés dans les périodes anormales de notre histoire contemporaine.

Donc, deux catégories d'actes à étudier :

1^o Actes *irrégulièrement* rendus par des *pouvoirs réguliers*.

2^o Actes rendus par des *pouvoirs irréguliers*, au lendemain de nos révolutions.

Dans la première catégorie, entrent naturellement les décrets du premier Empire ayant statué sur des matières législatives et que, pour cette raison, on a appelés *décrets-lois*, Il s'agit de rechercher quelle valeur leur a été reconnue dans la suite.

C'est à l'occasion des contestations qui se sont élevées sur la légalité de certaines ordonnances de la Restauration que s'est fondée, nous l'avons vu, la jurisprudence reconnaissant aux Tribunaux le droit de ne pas appliquer les règlements pris en violation des lois. Nous aurons à nous demander si les décrets illégaux rendus sous l'empire de la Constitution de 1852 pourraient être soumis aux principes de cette jurisprudence.

Les actes de la deuxième catégorie n'ont pas le même caractère que les précédents qui constituent simplement des abus du pouvoir réglementaire. Ici, rien de pareil. Il n'y a plus de constitution. Les organes de l'Etat sont détruits. Nous avons affaire à des actes rendus par des gouvernements de fait ayant momentanément exercé à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Tels sont les actes législatifs décrétés par le Gouvernement provisoire de 1848, par le Président de la République au lendemain du coup d'Etat de 1851, et par le Gouvernement de la Défense nationale en 1870-71. Nous dirons quelle force obligatoire leur a été attribuée.

SECTION I.

Actes irrégulièrement rendus par des pouvoirs réguliers.

I. Le principe de la séparation des pouvoirs a subi, sous le premier Empire, une éclipse notable. Le chef

de l'Etat, auréolé de gloire, a substitué, en plus d'une occasion, sa propre autorité à la puissance législative. On pourrait citer de nombreux cas où, en violation des principes de la Constitution, il a statué sur les matières totalement étrangères à la compétence du pouvoir exécutif. Tel est notamment le décret du 6 avril 1809 qui frappait de confiscation, de mort civile et même de mort, les français restés dans un pays étranger en guerre avec la France ; le décret du 29 août 1811 qui punissait de peines sévères les français naturalisés en pays étranger sous autorisation ; le décret du 14 novembre 1806 sur les tribunaux maritimes ; le décret du 14 mars 1812 sur le port d'armes de chasse etc. etc...

Jusqu'à la chute de l'Empire, aucun de ces décrets n'avait été l'objet d'un recours devant le Sénat pour cause d'inconstitutionnalité. Mais sous la Restauration leur valeur légale fut contestée en maintes circonstances et la question se posa de savoir s'ils avaient acquis force de loi. Leur caractère inconstitutionnel n'est pas douteux. Ils ont été rendus par le Chef de l'Etat en dehors de tous les principes de sa compétence, et par là même auraient dû être considérés par les tribunaux comme entachés d'une nullité irrémédiable. Telle n'a pas été pourtant l'opinion de la Cour de Cassation. Sur quels motifs l'a-t-elle fondée ? Il est intéressant de le mentionner.

Elle considéra que seul le Sénat avait compétence pour en prononcer l'inconstitutionnalité. A défaut d'opposi-

tion par ce pouvoir, elle décida que ces décrets étaient obligatoires et les tribunaux sans mission pour en refuser l'application. C'est ainsi du moins qu'elle jugea pour attribuer force de loi aux actes rendus antérieurement à la suppression du Tribunat. Mais ce corps ayant été aboli par un Sénatus-Consulte du 19 Août 1807, on objecta que tous les décrets statuant sur des matières législatives, devaient, à partir de cette époque, être tenus pour nuls de plein droit. A ce moyen, la Cour suprême répondit que, aux termes de l'art. 83 de la Constitution de l'an VIII, tout citoyen avait le droit de faire des pétitions au corps législatif et au Sénat, que le Sénat lui-même, pouvoir conservateur, était autorisé à statuer d'office sur l'inconstitutionnalité des décrets. Enfin elle puisa un argument dans l'article 68 de la Charte de 1814 qui maintenait toutes les lois existantes et non contraires à la Charte. Or, en fait, les décrets inconstitutionnels existaient comme loi et étaient appliqués sans réclamation, ils pouvaient donc être compris au nombre des actes maintenus en 1814.

Tels sont les motifs juridiques qui ont déterminé la Cour de Cassation à proclamer la force obligatoire des décrets du premier Empire (1). En résumé, elle se fonde sur ce fait que la Constitution de l'an VIII établissait une procédure spéciale et unique pour obtenir l'abrogation

1. Cass. 3 octobre 1822. Sirey. 22. I. 394 ; 12 décembre 1823. S. 24. I. 184 ; 1^{er} Septembre 1831. S. 31 I. 353 ; 7 juin 1833. S. 33. I. 512 ; 3 mai 1834. S. 34. I. 576 etc.

d'actes inconstitutionnels. Les décrets-lois n'ayant point été déférés au Sénat dans les formes et délais voulus, seraient par là devenus inattaquables, comme une sentence mal rendue acquiert force de chose jugée lorsqu'aucune voie de recours n'a été employée contre elle. La Cour de Cassation poussant jusqu'au bout la logique de cette jurisprudence, a jugé que les décrets impériaux de cette catégorie n'ont pu depuis 1814 être abrogés ou modifiés par des ordonnances royales (1).

Cependant, par une solution opposée, elle a jugé que le décret du 12 février 1814 rendu par l'impératrice-régente Marie-Louise, à l'effet de prescrire certaines formalités pour la publication de sociétés commerciales, n'est pas obligatoire. Au cours de l'instance, le procureur général avait dit : « Le décret du 12 février 1814 a fait plus et autrement que le Code de commerce, il a prononcé des nullités, ordonné des formalités nécessaires, c'est donc un acte législatif... Dès lors, il faut examiner s'il a force de loi. » Et la Cour répondit négativement :

« Attendu que l'impératrice Marie-Louise n'avait comme
« régente que les pouvoirs qui lui avaient été délégués
« par les lettres-patentes instituant la régence et...
« qu'il était manifeste que l'Empereur *n'avait délégué*
« *qu'une portion du pouvoir exécutif proprement dit* ; qu'il
« avait même interdit à la régente de provoquer des Sénatus-Consultes, de proposer et de promulguer des lois....

1. Paris 27 Juin 1831. S. 31. 2. 335 ; Cass. 24 mai 1843. S. 43
1.680.

« que dès lors elle avait excédé les bornes de son pouvoir..... » (1).

Cet arrêt n'est pas en contradiction avec les précédents. La Cour n'a pas attribué force de loi au décret précité parce qu'il était rendu par l'impératrice-régente en dehors des limites de ses pouvoirs. Il n'est pas douteux qu'il eût été considéré comme ayant force de loi, si les lettres patentes avaient délégué à l'impératrice, l'autorité totale que l'empereur se reconnaissait à l'époque. La Cour, en effet, se refusait à rechercher qu'elles étaient à ce moment les bornes constitutionnelles de l'autorité impériale; il lui suffisait que les actes de l'empereur n'eussent pas été attaqués devant le Sénat, pour les faire bénéficier d'une sorte de prescription. D'ailleurs, les motifs qui justifiaient cette jurisprudence n'étaient peut-être pas tous d'ordre juridique. « L'anéantissement de tous les décrets inconstitutionnels, dit Foucart, aurait laissé des lacunes importantes dans un grand nombre de matières qu'ils règlent en général avec beaucoup de sagesse; mais il aurait été à désirer qu'on réparât l'irrégularité dont ils sont empreints. » (2) On ne peut que se ranger à cette opinion

1. Cass. 13 mars 1832. S. 32. I. 295.

2. Foucart. *op. cit.* p. 108. — Beaucoup de décrets-lois du premier Empire ont été abrogés ou modifiés. Les décrets du 6 avril 1809 et du 29 Août 1811 ont été abrogés par la loi du 26 juin 1889. Un certain nombre d'entre-eux sont encore en vigueur aujourd'hui, notamment le décret du 4 mai 1812 relatif au cas de citation en témoignage des ministres dont il a été fait une application récente au cours d'un procès retentissant,

qui exprime un regret aussi sensé et formule à l'égard de la jurisprudence adoptée une discrète mais suffisante réserve.

II. Sous l'empire de la Charte de 1814 et de la Charte de 1830, les tribunaux judiciaires n'ont pas hésité à contrôler la légalité des ordonnances royales, avant d'y puiser la base de leurs jugements. Mais aujourd'hui que faudrait-il décider si, au cours d'une instance, une partie invoquant les dispositions d'un acte réglementaire de cette époque, on soulevait devant le tribunal une exception d'illégalité? En d'autres termes, un tribunal, aujourd'hui, serait-il compétent pour apprécier la force obligatoire d'une ordonnance de 1814 ou de 1830? L'affirmative ne paraît pas contestable. On ne voit pas en effet pour quelle raison particulière on refuserait aux tribunaux une compétence qu'ils ont toujours eue depuis lors. Il n'y avait pas sous la Restauration et la Monarchie de Juillet de pouvoir chargé de juger l'inconstitutionnalité des lois et des ordonnances. Le pouvoir judiciaire, le cas échéant, pourrait donc user de ses prérogatives à l'égard des ordonnances de ce temps comme à l'égard des actes réglementaires d'aujourd'hui.

III. La même question ne peut être résolue d'une façon aussi nette en ce qui concerne les décrets réglementaires rendus sous le second Empire. Parmi ceux-ci, il y a lieu de distinguer, d'une part, ceux qui ont été promulgués sous le régime de la constitution du 15 janvier 1852, et,

d'autre part, ceux qui sont postérieurs à la mise en vigueur de la Constitution du 21 mai 1870.

D'après certains auteurs, la légalité des premiers pourrait donner lieu à contestation devant les tribunaux, et ceux-ci auraient toute latitude pour refuser de les appliquer aux faits d'un litige, s'il les jugeaient inconstitutionnels. M. Ducrocq, entre autres est de cet avis, car « ce droit des tribunaux de l'ordre judiciaire, dit-il, existait sous la Constitution de 1852 parallèlement à celui que conférait au Sénat son article 29 » (1). D'autres au contraire prétendent que conformément à la règle indiquée pour les décrets du premier Empire, ces décrets en dépit de l'inconstitutionnalité dont on les prétendrait entachés, devraient être appliqués comme lois de l'Etat, à moins, bien entendu, qu'ils n'eussent été annulés par le Sénat. Il est à croire que c'est cette dernière opinion qui triompherait devant la Cour de Cassation, celle-ci en effet, trouverait dans l'art. 29 de la Constitution de 1852, pour maintenir sa jurisprudence, les mêmes motifs qu'elle tirait de l'art. 21 de la Constitution de l'an VIII pour l'établir. L'art. 29 de 1852 qui reproduit le principe posé par l'art 21 de l'an VIII, doit être entendu dans le même sens que ce dernier, d'autant plus, qu'en accordant à tous les citoyens un recours au Sénat contre les actes entachés d'inconstitutionnalité, il indiquait bien nettement que ce recours était la seule voie qui leur fut ouverte

1. Ducrocq. *op. cit.* T. III p. 292.

pour la faire prononcer. « Tout acte du souverain, dit Dufour, dont la légalité est mise en doute, peut être déféré au Sénat ; il n'y a pas à hésiter ni sur la voie à prendre, ni sur la protection à chercher ; ouvert pour tout et à tous, le recours au Sénat est *virtuellement exclusif de tout autre recours*... (1) ». D'ailleurs, lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité était soulevée au cours d'un litige, le juge devait surseoir à statuer jusqu'après décision du Sénat, à moins de reconnaître que le décret attaqué n'avait qu'un caractère purement réglementaire, auquel cas il aurait été de son devoir de rejeter l'exception (2).

On peut donc dire qu'aujourd'hui, à l'égard des actes rendus sous le régime de la Constitution de 1852, et pour des motifs analogues, la même jurisprudence serait suivie qui a été établie à l'égard des décrets du premier Empire.

Une solution tout opposée devrait intervenir pour les actes rendus postérieurement à la Constitution du 21 mai 1870. L'art. 42 de cette Constitution a en effet abrogé l'art. 29 de celle de 1852 (3). Le rôle du Sénat est dès lors transformé. Il n'est plus juge de l'inconstitutionnalité. Il discute et vote les projets de loi, comme le corps législatif lui-même, et fait l'office d'une deuxième Chambre

1. Dufour, *Droit administratif*, T. I. p. 63.

2. Aubry et Rau, *op. cit.* T. I. § 5.

3. Voir sur cette modification les rapports de M. Devienne et la discussion devant le Sénat. (*Journal officiel* des 13, 15, 19 et 21 avril 1870).

législative. D'où il suit que la constitutionnalité des décrets édictés sous ce régime, pourrait être examinée par les tribunaux, lesquels, le cas échéant, seraient autorisés à ne pas leur reconnaître force obligatoire. C'est là une conséquence logique des modifications apportées par la nouvelle constitution qui avait repris les traditions du gouvernement parlementaire.

SECTION II

Actes rendus par des pouvoirs irréguliers

Ils portent le nom de décrets, mais à la différence des décrets réglementaires, ils constituent sans contestation possible, de véritables lois et par conséquent ne peuvent être modifiés ou abrogés que par des actes du pouvoir législatif.

1. Le gouvernement provisoire de 1848 rendit des décrets d'une portée considérable. Tel, par exemple, le décret du 3 mars 1848 établissant, pour la première fois en France, le suffrage direct et universel pour l'élection d'une Assemblée constituante. En matière criminelle, il décréta l'abolition de la peine de mort pour les crimes politiques ; changea la majorité du jury ; restitua à cette juridiction les jugements des diffamations contre les fonctionnaires publics ; autorisa, sans cautionnement en argent, la mise en liberté provisoire ; facilita la réhabilitation etc... En

matière civile, il abolit le serment politique, abrogea la loi sur les annonces judiciaires, décréta la suppression de la contrainte par corps, etc.

Tous ces décrets statuaient sur des matières déjà régies par des lois. Lorsque l'Assemblée constituante se réunit, le gouvernement provisoire vint rendre compte devant elle de ses actes, et chacun des ministres exposa à la tribune l'ensemble des mesures que, durant son passage au pouvoir, il avait cru devoir prendre pour le bien de l'Etat et de la République. Aucun de ces décrets ne fut soumis à une révision. L'Assemblée ayant approuvé le compte-rendu du gouvernement, ils furent les uns et les autres considérés comme ayant force de loi (1).

II. Aux termes de l'article 58 § 1^{er} de la Constitution de 1852, celle-ci ne devait entrer en vigueur que le jour où les grands corps de l'Etat qu'elle organisait seraient constitués. Or, c'est le 29 mars que le Président inaugura la première session de la législature et que, par conséquent, la Constitution entra en vigueur. La période comprise entre le crime du 2 décembre 1851 et le 29 mars 1852 est donc une période dictatoriale, pendant laquelle il n'y eut pas de pouvoir législatif régulier (2). De nombreux décrets-lois furent rendus. Entre autres, celui du 2 février 1852 ainsi conçu : « Sont électeurs, sans condition de cens, tous les français âgés de 21 ans et jouissant

1. Compte-rendu du Gouvernement provisoire et des divers ministres. *Moniteur* du 7 mai 1848 p. 967 et suivantes.

2. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France*, p. CIV.

de leurs droits civils et politiques. » C'est de ce décret qu'un savant auteur a dit que « jamais texte plus bref n'a résolu en moins de mots des questions plus graves(1) ». Ce décret en effet consacre, après le décret-loi de mars 1848 et la loi du 15 mars 1849, l'établissement du suffrage universel. — Mais il est inutile de faire l'énumération des actes qui ont statué sur des matières législatives. Ces différents décrets ont été validés par l'art. 8 § 2 de la constitution : « Les décrets rendus par le Président de la République, à partir du 2 décembre jusqu'à cette date, auront force de loi ».

III. Les actes du Gouvernement de la Défense nationale, rendus dans la période comprise entre le 4 septembre 1870 et le 12 février 1871, jour de la réunion de l'Assemblée nationale, ont donné lieu à des controverses passionnées. — « Non ! ce ne sont pas des lois, s'écriait un orateur, ce sont des actes provisoires qui ont pu paraître nécessaires à ceux qui les ont rendus, mais ce ne sont pas des lois, et ils ne pourront avoir force de loi qu'autant qu'une assemblée législative l'aura déclaré » (2). En conséquence, le 23 juin 1871 l'Assemblée nationale vota une résolution décidant la nomination d'une commission de 15 membres pour rechercher, parmi les décrets du gouvernement de la défense nationale ayant un caractère législatif, ceux dont l'empire a cessé avec les circonstances qui en ont été la cause ou l'occasion. Cette commission était chargée

1. Ducrocq, *op. cit.*, T. III, p. 17.

2. Discours de M. Lefèvre-Pontalis, Séance du 16 juin 1871.

également de signaler à l'Assemblée et au Gouvernement ceux des décrets législatifs ayant un caractère définitif qu'il serait urgent de rapporter ou de modifier.

D'après le rapport de M. Taillefer, dont nous avons déjà parlé (1), cette commission aboutit à diviser les décrets du Gouvernement du 4 septembre en 4 catégories : 1^o décrets abrogés, 2^o décrets provisoires ou temporaires dont l'empire a cessé, 3^o décrets signalés comme devant être rapportés ou modifiés, 4^o décrets que la commission juge devoir être conservés dans leur teneur actuelle. — L'Assemblée nationale ratifia l'œuvre de la commission et c'est ainsi que parmi les actes nombreux du Gouvernement de la Défense nationale, quelques uns ont encore aujourd'hui force de loi. Tels, par exemple, le décret du 19 septembre 1870 portant abrogation de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, le décret du 5 novembre 1870 relatif à la publication des lois, etc. .

1. V. *Journal officiel*. 1872 p. 2606. V. ci-dessus pages 69 et 70.

CHAPITRE VIII

RÈGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE. — DIFFÉRENTS SYSTÈMES.

I. *Division du sujet.* — Dans les chapitres précédents, nous avons eu soin de faire remarquer que toutes les théories concernant les limites du pouvoir réglementaire, les garanties et recours organisés pour parer aux abus, ne concernaient que les règlements proprement dits rendus spontanément par le Chef de l'Etat. Nous devons maintenant procéder à l'examen de la deuxième catégorie des règlements que l'on qualifie règlements d'administration publique et dont nous avons eu déjà l'occasion de parler, au cours de cette étude.

Qu'entend-on par règlements d'administration publique ? nous le savons, ce sont les actes du Chef de l'Etat agissant, non plus spontanément quand il lui paraît bon d'édicter un règlement pour combler les lacunes de la loi, mais à la suite d'une délégation, on dit aussi d'une invitation, d'une injonction qui lui est faite par le législateur. Très souvent, on trouve en effet dans une loi une

disposition indiquant qu'elle devra être complétée par un règlement d'administration publique. D'après une tradition ininterrompue, nous l'avons vu, ces règlements sont obligatoirement soumis à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, ce qui est constaté dans leur texte même par la formule « le Conseil d'Etat entendu ».

Mais il y a lieu, avant d'aller plus loin, de mettre en garde contre une erreur qui est commise assez fréquemment. Il importe de ne pas confondre avec les règlements dont nous nous occupons, les décrets administratifs qui n'ont des premiers que la forme et, parce qu'ils portent la mention « le Conseil d'Etat entendu », sont appelés « décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique ». Un grand nombre de lois imposent, en effet, au pouvoir exécutif l'obligation de procéder, dans certains cas, par voie de décrets rendus en Conseil d'Etat (1). Mais il s'agit là de décrets spéciaux et individuels, actes de commandement et d'autorité intervenant pour l'application de la loi, sur un seul point du territoire et dans une affaire déterminée. Au contraire les règlements d'administration publique sont des actes réglementaires, c'est-à-dire statuant par voie de dispositions générales et ayant pour objet de compléter la loi. Cependant la confusion est possible et s'est glissée jusque

1. Par exemple les art. 44, 66 et 67 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales, les art. 33, 47, 61 de la loi du 10 août 1871, sur les Conseils généraux, l'art. 1 § 2 de la loi du 27 juillet 1870 sur les grands travaux publics, etc., etc...

dans des textes législatifs. C'est ainsi que l'art. 6 de la loi du 27 février 1880 relative au Conseil supérieur de l'instruction publique et aux Conseils académiques, qualifie à tort de « décret rendu en la forme des règlements d'administration publique » un décret qui ne peut être qu'un règlement d'administration publique (1).

Quoiqu'il en soit, les règlements d'administration publique jouent un rôle très important dans notre droit public depuis le Consulat et le premier Empire. Dans un compte-rendu des travaux du Conseil d'Etat le rapporteur dit en effet : « C'est au moyen des règlements d'administration publique que les services publics ont été organisés en France depuis 1800 ; et cette législation secondaire, si je puis ainsi parler, n'est pas la partie des travaux du Conseil d'Etat qui ait été la moins consultée et la moins imitée par les divers gouvernements de l'Europe ».

Nous en ferons une étude approfondie, et cela est d'autant plus nécessaire que la nature même de ces actes a donné lieu récemment à des controverses intéressantes et à des interprétations divergentes. S'il s'agit là d'une matière du droit administratif, il ne faut pas oublier que ce dernier n'est que la mise en œuvre des principes généraux du droit public. Aussi bien, pour élucider le problème,

1. Cet art. 6 est ainsi conçu : « Un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, après avis du Conseil supérieur de l'instruction publique, déterminera les droits d'inscription., etc. ».

force nous sera de reprendre et de vérifier les principes de droit constitutionnel qui forment la base même de la question qui nous occupe.

Tout d'abord, nous exposerons la théorie des règlements d'administration publique telle qu'elle résulte de la doctrine professée jusqu'à ces dernières années, et ensuite nous ferons connaître les dissentiments qu'elle a soulevés, c'est-à-dire le nouveau système qui lui est opposé. Tel sera l'objet du présent chapitre.

Un deuxième sera consacré à la discussion de ces opinions contraires et surtout à l'examen du système nouveau.

Enfin, dans un troisième chapitre, résumant nos critiques, nous tenterons de dégager la conclusion qui nous paraîtra la plus conforme aux règles de notre droit public et en même temps à la réalité des choses.

II. *Premier système.* — D'après la doctrine qui, jusqu'à ces temps derniers, est demeurée incontestée, on établit une distinction tranchée entre les décrets réglementaires rendus spontanément par le Chef de l'Etat, en vertu des prérogatives inhérentes au pouvoir exécutif, et les règlements d'administration publique, rendus en vertu d'une délégation du législateur. Leur nature est différente. Les premiers, en dépit de leurs caractères communs avec la loi sont, dit-on, de purs actes administratifs, les seconds, au contraire constituent des actes de législation secondaire. Ici, en effet, le Président n'exerce plus le

pouvoir propre que lui reconnaît la Constitution d'assurer l'exécution des lois, il agit comme mandataire du pouvoir législatif. Telle est l'opinion de M. Block que nous citons le premier parce qu'il s'attribue la paternité de cette théorie. « Le règlement d'administration publique, dit-il, est un acte législatif complémentaire dont la rédaction a été déléguée au Chef de l'Etat par une disposition expresse ou spéciale de la loi (1) ». Et plus loin : « ... Le règlement d'administration publique est une loi que le pouvoir exécutif est chargé de faire ». Et il rappelle que dès 1856, il écrivait : « Nous n'ignorons pas que cette définition est nouvelle et qu'en conséquence, elle ne sera pas généralement admise ». Mais c'est à tort que M. Block prétend que Macarel n'a pas distingué, avant lui, le règlement d'administration publique du règlement proprement dit. Ce dernier, en effet, en 1844, a énoncé très nettement cette doctrine : « Dans la pratique, il y a, parmi les dispositions qui nous régissent, des règlements qui ont pour but de développer les prescriptions des lois, de pourvoir aux détails de leur exécution. Ceux-ci sont dans la nature même du pouvoir exécutif, ils sont sa principale mission. Il y en a d'autres qui sont faits en vertu de la délégation spéciale du législateur lui-même... » Macarel cite des exemples et ajoute : « les règlements dans l'espèce, sont à proprement parler des *lois secondaires*, et ainsi, il est vrai de dire qu'il existe une première

1. *Dictionnaire d'administration française*. V^o *Règlements d'administration publique*. L'article est signé de M. Block,

classe d'ordonnances royales portant règlement d'administration publique qui sont de véritables lois » (1).

M. Batbie (2), M. Aucoc (3), M. Ducrocq (4) partagent cette opinion. M. Laferrière, ancien vice-président du Conseil d'Etat, dit également que les règlements d'administration publique sont faits en vertu d'une délégation spéciale du législateur et que cette délégation « communique aux actes qu'elle prévoit un caractère *quasi-législatif* » (5) Ce qu'il y a de particulier dans l'opinion de ce dernier, c'est qu'il la fonde sur le droit qu'avait le Conseil d'Etat en 1848 de faire des règlements « comme substitué au législateur ». Le droit de décision propre du Conseil d'Etat n'a pas, sans doute, survécu à la Constitution de 1848, mais la délégation législative aurait fait retour au chef de l'Etat.

Mais ces auteurs vont plus loin. D'après eux, les actes du Président de la République agissant en vertu d'une délégation, peuvent avoir une portée dépassant de beaucoup celle qu'ont les décrets réglementaires ordinaires bornés à l'exécution des lois. M. Batbie admet très nettement que, dans ce cas, les pouvoirs du Président peuvent être plus étendus : « La loi peut lui déléguer — et elle lui a délégué plus d'une fois — le pouvoir de faire de

1. Macarel. *Cours de droit administratif*. T. I. p. 52 et suivantes.

2. Batbie. *Traité de droit public et administratif*. T. III p. 67 et suiv.

3. Aucoc. *Conférences*. T. I 3^e édit. p. 124.

4. Ducrocq. *op. cit.* T. I. p. 85.

5. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*. T. II. p. 11 et p. 434 et suiv.

véritables dispositions législatives. S'il est un principe incontesté, c'est que l'impôt, même le plus léger, ne peut être établi que par une loi et qu'une taxe imposée par décret serait illégale. Il est de règle aussi qu'une peine, même pécuniaire, ne peut être établie que par une loi. Mais la taxe ou l'amende serait légalement exigée si le décret l'avait fixée en vertu d'une délégation de la loi (1) ».

« Le chef de l'Etat, dit M. Aucoc, a plus de pouvoir qu'il n'en aurait en vertu de l'article 3 de la loi de février 1875. Il peut par exemple si la délégation lui en est faite, établir le tarif d'un impôt et même des pénalités (2) ».

« Le pouvoir réglementaire, dit Dufour, a reçu par le progrès de la législation, des attributions bien autrement étendues que celle qu'il tient de la Constitution... Et ici son office n'est plus seulement d'organiser l'application des principes, on peut dire qu'il est appelé à poser les principes eux-mêmes. Des attributions plus considérables encore résultent des lois qui détachent certaines matières du pouvoir législatif, tel qu'il est défini par la Constitution, pour les placer dans le domaine du pouvoir réglementaire... (3) ». M. Laferrière, de son côté, reconnaît au chef de l'Etat, mandataire du législa-

1. Batbie, *ibidem*.

2. Aucoc, *ibidem*.

3. Dufour. *Traité général de droit administratif appliqué*. T. I. p. 44.

teur, le droit d'édicter « des dispositions qui excéderaient son pouvoir réglementaire, notamment des dispositions pénales (1) ».

M. Ducrocq est moins affirmatif. Il se borne à constater que des lois assez rares délèguent au Président de véritables attributions législatives, « en ce sens qu'elles lui donnent pour mission d'édicter des mesures qui, d'après le principe de la séparation des pouvoirs, sont du domaine de la loi ». Ce sont là pour lui des exceptions qu'il enregistre sans les approuver ni les critiquer. Mais il ne conteste pas la légalité des décrets pris dans ces conditions.

Quoiqu'il en soit, les exemples généralement cités par les différents auteurs, pour appuyer cette opinion, sont les suivants : l'art. 615 du Code de commerce portant qu'un règlement d'administration publique déterminera le nombre des tribunaux de commerce et les villes qui seront susceptibles d'en recevoir par l'étendue de leur commerce ; et l'art. 617 du même code ; la loi du 26 octobre 1888 relative à la création d'une section temporaire du Conseil d'Etat. On voit là le droit attribué au titulaire de l'exécutif de créer des juridictions, droit qui ne peut naturellement appartenir qu'au législateur.

Dans un autre ordre d'idées, on cite : le décret du 4 août 1855 relatif à la taxe des chiens rendu en exécution de la loi du 2 mai 1855 ; l'art. 6 de la loi du 27 février

1: Laferrière, *ibidem*.

1880 relatif aux frais d'études dans les facultés de droit ; l'art. 147 de la loi du 28 avril 1816 et l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1867 relatifs à l'établissement des octrois. Autant d'exemples d'où l'on conclut que le législateur délègue le pouvoir d'établir des taxes.

En ce qui concerne le droit d'établir des pénalités par voie de décrets, on donne l'art. 10 de la loi du 27 juillet 1822 sur les douanes et l'on fait fond sur l'ordonnance rendue en conséquence de cette loi, enjoignant certaines précautions sanctionnées par l'amende du double droit. A ce propos, on rappelle également deux arrêts de la Cour de cassation du 12 août 1835 qui ont considéré comme légale cette ordonnance édictant une pénalité.

Tels sont les principaux documents invoqués à l'appui de la thèse qui reconnaît au chef d'Etat, lorsqu'il en a reçu le mandat, le droit de créer des juridictions, d'imposer des taxes, d'établir des pénalités, c'est-à-dire de se substituer au législateur dans le règlement de matières où seul ce dernier a droit de statuer.

Il reste à indiquer quelles conséquences ont été déduites de cette théorie fondée sur la délégation législative. Si les règlements d'administration publique sont des actes législatifs, ils doivent avoir la même autorité que les lois et, comme elles, être soustraits à tout recours contentieux devant le Conseil d'Etat. C'est précisément ce qu'enseignent les auteurs et ce que la juridiction administrative suprême a décidé en maintes occasions. C'est

ainsi qu'elle a déclaré non recevable la requête du S^r Fresneau (arrêt du 20 décembre 1872) tendant à l'annulation, comme entachées d'excès de pouvoir, de plusieurs dispositions du décret du 25 janvier 1868 portant règlement de la pêche fluviale. En voici les motifs ; « Considérant que le décret susvisé a été rendu en vertu *des pouvoirs délégués* à l'administration par l'article 26 de la loi du 15 avril 1829 et pour régler la police de la pêche ;... qu'un acte de cette nature n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat par application des dispositions de la loi des 7-14 octobre 1790 et de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872... »

Il a été décidé de même sur requête de la commune de Montreuil-sous-bois tendant à l'annulation d'un décret du 5 septembre 1890 relatif aux indemnités de résidence à allouer au personnel enseignant des écoles primaires (arrêt du 1^{er} avril 1892). Dans une affaire de même nature, une requête de la Ville de Chartres a été rejetée pour les mêmes motifs (arrêt du 8 juillet 1892).

La jurisprudence est fermement établie en ce sens. On considère que le Chef de l'Etat agit comme délégué du législateur, que c'est le pouvoir même de ce dernier qu'il exerce, non le sien propre, et conséquemment on décide que ce ne peut être qu'une loi qu'il édicte au lieu et place du Parlement, non pas un acte d'administration. Or, seuls les actes de cette nature sont susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Les auteurs admettant le principe de la délégation, ont

tous adopté cette jurisprudence.¹ M. Laferrière notamment s'y range sans hésitation. Seul, M. Ducrocq, en conteste le bien fondé, ainsi que nous le verrons plus tard.

Si dans la logique de la délégation, le recours en annulation est considéré comme non recevable, au contraire, on admet que les tribunaux sont compétents pour apprécier la légalité des règlements d'administration publique. M. Laferrière, à ce propos, s'exprime ainsi : « ... Si nous écartons toute idée d'un recours direct contre les règlements d'administration publique, faits en vertu d'une délégation législative, nous n'hésitons pas à penser que les tribunaux ont le droit de vérifier leur existence légale et leur force obligatoire. Si donc un de ces règlements était nul en la forme, comme n'ayant pas été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, ou bien s'il édictait des dispositions étrangères à la délégation, le juge pourrait refuser de l'appliquer en tout ou en partie. »

Cette exception d'illégalité peut être soulevée non seulement devant les tribunaux judiciaires, mais devant le Conseil d'Etat lui-même. Si le recours direct aux fins d'annulation n'est pas admis, les intéressés ont la faculté de contester la force obligatoire du règlement toutes les fois qu'il leur en est fait une application particulière. C'est ainsi que le Conseil d'Etat statuant au contentieux a considéré comme illégale une décision du ministre de la guerre prise en application d'un décret du 21 décembre 1886 qui, n'ayant pas été délibéré par

l'assemblée générale, n'avait pu modifier valablement un règlement d'administration publique du 20 mars 1876 (1). Si donc l'intéressé, au lieu d'attaquer l'acte particulier du ministre qui portait atteinte à ses droits, avait introduit un recours en annulation pour vice de forme contre le décret lui-même qui servait de base à la décision ministérielle, il n'eut pas eu gain de cause.

Nous verrons dans la suite s'il n'y a pas là une anomalie et quelles conséquences elle entraîne.

Tel est le premier système, accepté par tous jusqu'à ce jour et qui, comme on l'a vu, est soutenu par les autorités les plus considérables. Mais il a donné lieu, ces années dernières, à des critiques approfondies et qui tendent à le modifier totalement. Notre savant maître M. Esmein, le premier, dans une étude récente, a cherché à saper la base même sur laquelle il s'appuie, la délégation législative (2). Puis, M. Berthélemy, dans un article très fouillé et nourri de faits, a déduit, en droit administratif, les conséquences du principe établi par M. Esmein (3). Il résulte de ces deux remarquables études que, sous l'empire de notre Constitution, une délégation législative est juridiquement impossible, que, dès lors, il ne peut y avoir entre les règlements d'administration publi-

1. Arrêt du 8 janvier 1888, Salle.

2. *Revue politique et parlementaire*, août 1894. *De la délégation du pouvoir législatif*, p. 200 et suiv.

3. *Revue politique et parlementaire* (janvier et février 1898). *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*.

que et les règlements ordinaires de différence *de force*, mais *de forme* seulement et que, par suite, les uns et les autres doivent être soumis aux mêmes voies de recours.

Il s'agit maintenant d'exposer cette théorie nouvelle aussi fidèlement que nous avons exposé la précédente.

III. *Deuxième système.* — « Chez toute nation, dit M. Esmein, où la Constitution édictée au nom de la souveraineté nationale, institue une ou plusieurs assemblées législatives dont elle détermine les attributions, ces assemblées ne peuvent jamais déléguer au pouvoir exécutif, même partiellement et momentanément, l'exercice du pouvoir législatif... C'est qu'en effet, sous nos constitutions nationales et rigides, les divers pouvoirs constitués ne tirent leur existence et leurs attributions que de la Constitution elle-même. Ils n'existent qu'en vertu de cette Constitution, dans la mesure et dans les conditions qu'elle a fixées. *Le titulaire d'aucun de ces pouvoirs n'en a la disposition, mais seulement l'exercice.* Par cela même que la Constitution a établi des pouvoirs divers et distincts, et réparti entre diverses autorités les attributs de la souveraineté, elle interdit implicitement mais nécessairement que l'un des pouvoirs puisse se décharger sur l'autre de sa tâche et de sa fonction... Ce serait substituer momentanément, pour la durée de la délégation, une Constitution nouvelle à la Constitution existante... » (1)

1. Rev. pol. et parl. Août 1894.

Il n'en serait pas de même en Angleterre, par exemple. Dans ce pays de droit coutumier, le Parlement — c'est-à-dire la Couronne, la Chambre des Lords et la Chambre de communes — ne tient pas ses prérogatives d'un Act constituant, il est investi d'une souveraineté originaire, non déléguée. Il peut tout, « excepté faire d'un homme une femme », suivant le vieux brocard anglais, intervertir l'ordre de succession de la Couronne, changer la religion établie, supprimer la Chambre des Lords, prolonger la vie du Parlement etc..., (1) à plus forte raison déléguer une partie de ses pouvoirs. C'est ainsi qu'il y a en Angleterre des lois que nous ne trouvons pas en France : les lois d'option locale. Le Parlement laisse parfois en effet à diverses circonscriptions déterminées le droit d'appliquer ou de rejeter *ad libitum*, certaines dispositions qu'il a édictées. C'est ainsi également que, dans certaines circonstances critiques, les Communes et les Lords ont pu abdiquer leur droit législatif entre les mains de la Couronne. Enfin le droit anglais connaît des compagnies coloniales à charte, ayant le droit d'avoir une armée, de rendre la justice, de faire la police, de lever des impôts, d'exercer enfin tous les attributs de souveraineté que le Parlement leur a délégués.

1. M. Larnaude, à son cours (1898-1899). — « Les grands pouvoirs politiques en Angleterre, ne sont à aucun degré la création d'un pouvoir constituant, car leur existence est antérieure à quelque acte constituant que ce soit... Leur fondement est en dehors de toute loi organique revêtue du sceau de la souveraineté nationale... » E. Boutmy. *Etudes de droit constitutionnel*, p. 229.

En France, à diverses époques, nous avons eu aussi des assemblées souveraines. La Convention, tout d'abord, qui a pu consentir des délégations de pouvoirs extraordinaires à ses comités et à ses commissaires. L'Assemblée constituante de 1848 et l'Assemblée nationale de 1871 avaient de même en propre tous les attributs de la souveraineté.

En résumé, là où il n'existe pas de constitution limitative, là où le pouvoir législatif peut librement et souverainement statuer en toutes matières, les délégations législatives sont possibles. Au contraire, elles ne le sont pas là où existent des constitutions édictées au nom de la souveraineté nationale et dont les dispositions forment des lois fondamentales supérieures aux lois ordinaires.

La théorie nouvelle et très séduisante des règlements d'administration publique qu'on propose n'est que la déduction, en droit administratif, des principes généraux de droit constitutionnel que nous venons de rapporter.

Si ces principes sont vrais, comment caractériser dès lors la pratique traditionnelle par laquelle le législateur français en votant une loi, décide qu'elle sera sur tel ou tel point complétée par un règlement d'administration publique ? Jusqu'ici, nous l'avons vu en étudiant le premier système, il avait semblé que le législateur déléguait par là au pouvoir exécutif l'exercice du pouvoir législatif que, pour des raisons d'utilité pratique, il ne voulait pas

exercer lui-même. Cette explication n'est plus possible.

Le législateur, en décidant que telle disposition de loi devra être développée par un règlement d'administration publique, ne fait pas là une délégation, dit M. Esmein, « il ne fait qu'inviter le titulaire du pouvoir exécutif à user de son pouvoir réglementaire », c'est-à-dire du pouvoir qu'il tient de la Constitution. De même M. Berthélemy professe que l'autorité réglementaire dont il est fait usage dans les règlements d'administration publique est identiquement la même que celle dont le Président dispose en vertu de la Constitution, au détail près des formes à observer. Loin d'élargir le pouvoir réglementaire du Président de la République, l'invitation ou l'injonction du législateur prescrivant un règlement d'administration publique, ne fait qu'apporter des conditions restrictives à l'exercice de ce pouvoir. Dans ce cas, en effet le Président ne peut en user qu'après avoir pris l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

La logique du système impose cette conséquence : Ces actes du Chef de l'Etat ne peuvent constituer comme on l'a dit, une *législation secondaire*. Ils sont, quant à leur nature, des actes administratifs et ne peuvent sortir de la sphère normale des actes de cette catégorie. Ils ne pourraient statuer sur des matières d'ordre législatif, et notamment édicter des peines, ni établir des taxes, ni créer des juridictions.

D'où il résulte qu'un article de loi chargeant le Président de la République de prendre, dans un règlement

d'administration publique, des mesures de cette catégorie, serait inconstitutionnel. « Sans doute, ajoute M. Berthélemy, il n'y a pas en France de juge de l'inconstitutionnalité des lois ; mais il est peu contestable, cependant, qu'un décret pris en vertu d'une telle disposition ne serait régulier lui-même qu'à la condition de ne contenir aucune mesure outre passant les pouvoirs ordinaires du Président de la République. (1) » Et pourtant, s'il en contenait malgré cela ? « Comme sauvegarde contre les abus de ces actes, encore faut-il que nous puissions appeler à notre aide toutes les voies normales de recours accordées aux administrés contre l'arbitraire des administrateurs. (2) » Donc, contre les actes rendus en vertu d'une disposition inconstitutionnelle, tous les recours sont admis : recours devant le Conseil d'Etat aux fins d'annulation ; recours devant les tribunaux pour en faire constater l'illégalité et se soustraire à leur application.

« Si notre opinion est exacte, dit de son côté M. Esmein, il en résulte que les règlements d'administration publique, comme les simples décrets réglementaires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat... » (3).

La jurisprudence est fixée dans un tout autre sens, nous l'avons vu, puisqu'aussi bien, d'après le système

1. *Revue pol. et parlementaire*, fév. 1898, p. 324.

2. *Ibid.* p. 335.

3. *Eléments de droit Constitutionnel français et comparé*, p. 478.

qui a prévalu jusqu'ici, les règlements d'administration publique apparaissent comme de véritables lois. On se souvient notamment que M. Laferrière, d'une part, professe que leur caractère législatif doit les affranchir du recours pour excès de pouvoir, mais d'autre part que les tribunaux ont le droit de vérifier leur existence légale. M. Berthélemy voit là une contradiction et la critique en ces termes : « Il me semble bien peu juridique, dit-il, d'invoquer le caractère législatif des règlements pour les affranchir d'un pouvoir direct aux fins d'annulation, (ce qui est le plus) et de négliger ce caractère quand il s'agit d'une application particulière (ce qui est le moins). » Et il déclare la conséquence inadmissible. Pour se soustraire, en effet, à l'application d'un règlement d'administration publique qu'on jugera illégal, on sera dans l'obligation d'en violer les dispositions pour être en mesure d'en contester la force obligatoire devant les tribunaux ! Et si le tribunal ne partage pas la manière de voir du contrevenant, celui-ci sera condamné sans qu'aucun autre recours reste à sa disposition ! Ce n'est pas ce que la loi a voulu.

En résumé, les délégations législatives sont juridiquement impossibles. Entre les règlements simples et les règlements d'administration publique, il n'y a pas une différence de fond, mais seulement une différence de forme. Les règlements d'administration publique ne constituent pas des actes de législation secondaire. Si des textes de lois particulières ont donné ou donnent au chef de l'Etat un pouvoir *quasi législatif*, ces textes

sont inconstitutionnels et les décrets qui en sont l'application, illégaux ; enfin le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat doit être admis contre eux aussi bien que contre les règlements simples. Les tribunaux ont compétence pour apprécier la légalité des uns et des autres (1).

Tel est le système qui met, selon M. Berthélemy, à leur véritable place, les bornes de l'autorité réglementaire et fait disparaître avec les contradictions, leurs conséquences inacceptables.

Nous voici donc en présence de deux opinions nettement opposées. Examinons-les et recherchons, autant qu'il est en nous, la part de vérité qu'elles contiennent.

1. *Revue pol. et parl.* (janv. 1898), p. 9.

CHAPITRE IX

RÈGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE (*suite*).

EXAMEN CRITIQUE.

En droit public, il peut être parfois téméraire de tirer d'une interprétation logique, des conséquences trop rigoureuses. Les règles que l'on consacre ainsi risquent de ne pas s'adapter au fonctionnement utile des organes de l'Etat, qui, en raison même de la complexité des intérêts qu'ils ont à sauvegarder, doivent nécessairement se mouvoir dans un champ suffisamment large pour conserver leur liberté d'action. Et cette observation est d'autant plus vraie sous le régime d'une Constitution parlementaire que les fictions y abondent et sont, pour ainsi dire, la condition même de la marche harmonique de ce mécanisme délicat.

Le principe dégagé avec tant de sagacité par M. Esmein, à savoir que, sous le régime d'une Constitution écrite, les délégations législatives sont juridiquement impossibles, ne paraît pas théoriquement contestable. En général, les grands organes de l'Etat ayant, les uns et les autres,

reçu de la Constitution une fonction nettement déterminée, sont tenus de l'exercer dans la mesure fixée et ne peuvent s'en décharger en tout ou en partie sur un autre organe. Voilà la règle.

Il reste à savoir : 1^o si elle s'accorde avec la Constitution française et répond aux nécessités de la pratique gouvernementale ; 2^o si les déductions qu'on en a tirées sont jusqu'au bout et également conformes au droit. Nous ne le pensons pas.

SECTION I

La séparation des fonctions dans la pratique. — Délégations législatives tacites et expresses.

§ 1. — Notre Constitution parlementaire ne nous semble pas présenter une rigidité d'un caractère tel qu'une certaine collaboration des pouvoirs ne puisse s'établir, quand les circonstances le commandent et l'utilité publique l'exige.

En France, il faut le noter, on n'a pas attaché à l'idée de Constitution écrite la même importance qu'en Amérique. Aux Etats-Unis, la Constitution est fondée sur le principe de la séparation tranchée des pouvoirs. Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, placés côte à côte, ont une vie parallèle et s'ignorent complètement l'un

l'autre (1). D'autre part, les Américains ont limité d'une façon très étroite et très détaillée le droit des assemblées législatives. Ils ont institué une autorité distincte du pouvoir législatif et ayant qualité pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois. Cette autorité, nous le savons, est le pouvoir judiciaire. En France, rien de pareil. Si le principe de la séparation des pouvoirs est traditionnellement considéré comme une des bases de notre droit public, il n'est pas inscrit dans la Constitution (2). Les fonctions de l'organe législatif et de l'organe exécutif ne sont déterminées que d'une manière très générale, et notamment, pour reconnaître le pouvoir réglementaire dans nos lois constitutionnelles, on est obligé de recourir à une interprétation historique des quatre mots qui le consacrent. En outre, nous sommes restés à mi-chemin, nous n'avons sanctionné la séparation des fonctions ni politiquement, ni judiciairement. On a pu dire des règles posées par la Constitution qu'elles ne

1. C'est là du moins le droit écrit. Mais une sorte de droit coutumier lui sert de complément et de correctif. Si les ministres américains n'ont pas entrée au Congrès, si la séparation entre l'exécutif et le législatif est complète, en fait les comités permanents dans le Sénat et à la Chambre et qui correspondent à chaque département ministériel, pénétrant la cloison étanche. Ils sont un trait d'union et établissent entre les deux pouvoirs un contact intime. Et la Constitution n'a pas prévu ces comités qui sont la création des Chambres. — (V. Boutmy, *op. cit.*, p. 150 ; Esmein, *Elém. de droit constitutionnel*, p. 295).

2. En France, c'est la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir politique qui a le caractère de rigidité le plus marqué.

sont que « des préceptes de moralité politique ». Nulle juridiction n'est compétente pour connaître de l'inconstitutionnalité des lois.

Aussi bien, dans la réalité, les organes législatif et exécutif ne demeurent pas parqués dans leur spécialité fonctionnelle. En fait, les exigences de l'indépendance politique de chacun d'eux viennent, à chaque instant, se mettre en contradiction avec les exigences de la séparation des pouvoirs. D'une façon générale, c'est par des transactions, par des accommodements, par la distinction du plus ou du moins, que la marche constitutionnelle est assurée.

Il est facile de montrer le pouvoir législatif empiétant sur les attributions normales du pouvoir exécutif, et, réciproquement, le pouvoir exécutif légiférant avec l'assentiment tacite ou l'autorisation expresse du législateur. Cette double interversion des rôles est fréquente. Les exemples abondent.

Voici tout d'abord la loi du budget qui est en quelque sorte l'acte le plus important de ceux qu'accomplit l'organe législatif. Si l'on analyse sa nature, si l'on réfléchit à quoi elle pourvoit, cette loi n'en est pas une, c'est un acte d'administration. Le budget (1) en effet ne renferme aucun principe de droit, ne pose aucune règle générale, aucune disposition abstraite. C'est purement et simple-

1. Nous entendons le budget proprement dit, dépouillé des lois nouvelles, des réformes, qui y sont parfois incorporées et qui assurément ont tous les caractères de l'acte législatif.

ment le règlement pour une année des recettes et des dépenses de l'Etat. Le budget réalise l'application d'une ou de plusieurs lois existantes. C'est la Constitution elle-même, il est vrai, qui délègue au pouvoir législatif le droit de se substituer, dans ce cas, au pouvoir exécutif, mais l'observation ne perd pas pour cela de sa force.

Au surplus, voici que par des lois ordinaires, le législateur, en dépit de la séparation des fonctions, va dépouiller le pouvoir exécutif des attributions qui logiquement lui reviennent. Qu'est-ce en effet que cette prérogative que se réserve le Parlement de déclarer lui-même l'utilité publique des grands travaux, sinon une prérogative enlevée au pouvoir exécutif ? Et cela est si vrai que, s'il ne s'agit que de travaux départementaux ou communaux, un décret suffira là où tout à l'heure une loi était nécessaire. Et de même les lois autorisant les emprunts, de même les lois autorisant les contrats de vente de biens domaniaux, etc... Toutes ces décisions que prennent les Chambres sont des actes administratifs, puisqu'elles ne sont que des cas d'application de lois existantes. D'ailleurs pour certains emprunts, pour les ventes au-dessous d'un million, c'est l'administration elle-même qui décide. Ce sont bien les mêmes actes exécutés, suivant les cas, par des organes différents (1). Dira-t-on que, dans ces différentes circonstances, la Constitution ayant réparti la fonction exécutive et la fonction législative

1. M. Larnaude, à son cours (1898 99).

entre deux organes distincts, a été méconnue? Personne ne s'en avise. Et il est incontestable que le pouvoir législatif s'est chargé là d'une tâche rentrant dans la sphère normale de l'exécutif. La Constitution porte en effet que c'est l'exécutif, non pas le législatif qui « surveille et assure l'exécution des lois ».

Ce sont là des exemples de modifications apportées par le législateur à l'exercice du pouvoir exécutif tel que l'a organisé la Constitution. En voici d'autres : d'abord la loi du 24 mai 1872. Aux termes de cette loi, nous le savons, le Conseil d'Etat est appelé nécessairement à donner son avis sur les règlements d'administration publique. Qu'est-ce cela, sinon une limitation apportée par le législateur à l'exercice du pouvoir du Chef de l'Etat ? Comment justifier cette intervention ? On prévient l'objection en disant que la loi du 24 mai 1872 peut être considérée comme ayant un caractère *quasi-constitutionnel*, car elle a été votée par l'assemblée souveraine qui a édicté notre Constitution (1). Cependant cette loi, en dépit de ce caractère, pourrait être modifiée, personne n'en doute, par une loi ordinaire. Et en fait, elle l'a été. Le législateur a décidé que pour la rédaction de certains règlements d'administration publique, un corps autre que le Conseil d'Etat serait consulté, par exemple le Conseil supérieur de l'instruction publique (2), ou l'Académie de médecine (3).

1. Esmein, *op. cit.*, p. 476.

2. Loi du 27 février 1880, art. 6.

3. Loi du 30 novembre 1892, *sur l'exercice de la médecine*, art. 5, 15 et 30.

Poursuivons. D'après l'art. 3 de la Constitution « le Président de la République nomme à tous les emplois civils et militaires ». Voilà une prérogative constitutionnelle de la plus haute importance. Elle est une de celles qui constituent ce qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire du Président. Et cependant le législateur la limite à son gré. Il détermine en effet les conditions d'âge et d'aptitude qui seront requises pour les diverses fonctions, anciennes et nouvelles. Il exige des examens, des concours. Bien mieux il attribue parfois à d'autres autorités le droit de nommer directement certains fonctionnaires. Personne ne proteste. Allons plus loin : on ne conteste pas davantage qu'une simple loi puisse rendre électives des fonctions qui sont aujourd'hui à la nomination du pouvoir exécutif. La Chambre des députés n'a-t-elle pas adopté en 1882, et sans qu'elle fût écartée par la question préalable comme inconstitutionnelle, une proposition de loi tendant à l'élection des juges ? C'était là pourtant enlever au Président le droit même qu'il tient de la Constitution.

En résumé, le législatif se substitue fréquemment à l'exécutif et soumet très souvent l'exercice de ce pouvoir aux conditions, c'est-à-dire aux limitations, qui lui paraissent utiles dans telles circonstances données. Je ne sais pas qu'aucune objection d'ordre constitutionnel ait jamais été soulevée.

Il n'est donc pas toujours vrai que les divers pouvoirs constitués se maintiennent d'une façon absolue dans la

mesure et dans les limites que la loi constitutionnelle a fixées. En réalité, le régime parlementaire s'accommode mal d'une rigidité outrancière, et bien que les Chambres françaises ne soient pas souveraines, comme le Parlement en Angleterre, elles modifient cependant, dans une certaine mesure — les exemples cités en font foi — les modes d'exercice du pouvoir du Chef de l'Etat.

Juridiquement, ces décisions du législateur sont plus ou moins des dérogations à la logique d'une Constitution écrite et on ne peut les justifier que par des arguments tirés des nécessités de la politique, c'est-à-dire en invoquant l'intérêt public du moment. La pratique gouvernementale quotidienne obligée de s'adapter aux contingences des faits, impose nécessairement aux Constitutions, sans pourtant en modifier le texte, une série de transformations insensibles qui finissent, à l'abri des précédents, par créer à côté des règles écrites, de véritables règles coutumières (1). C'est ce qui fait, soit dit en passant, que pour connaître vraiment les Constitutions, il ne suffit pas d'en avoir étudié les travaux préparatoires et les textes en vigueur. Il faut de plus en avoir pénétré le fonctionnement intime au milieu des circonstances variées de la vie politique d'un peuple.

1. M. E. Boutmy fort judicieusement observe que cette évolution se remarque beaucoup moins en France que partout ailleurs, par la raison « qu'aucune de nos Constitutions n'a duré assez longtemps pour se déformer ou se compléter lentement par l'usage ». (*Et. de dr. const.* p. 116). Cependant les exemples cités attestent que depuis vingt-cinq ans, cette déformation s'opère peu à peu.

§ 2. — Quoiqu'il en soit, de même que le législateur réduit, ou soumet à des conditions déterminées, les attributions du pouvoir exécutif, de même il peut restreindre ou élargir le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat.

Le législateur a la faculté de statuer sur toutes les matières non interdites expressément par la Constitution, de fixer seulement les principes généraux d'une loi ou tout aussi bien d'en régler, si bon lui semble, les détails d'application. Il n'y a pas au fond de matières vouées au règlement : celles qui sont de sa compétence lui ont été concédées par le pouvoir législatif. Si la Constitution donne au Président de la République le pouvoir général d'édicter des règlements, en fait ce n'est pas elle qui fixe la limite entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, mais le législateur lui-même qui, maître de se réserver le tout, fait sa part plus ou moins grande au Chef de l'Etat, soit par abandon tacite, soit par délégation expresse.

a) *Délégations tacites.* — Dans le silence de la loi, il arrive que le gouvernement enrichit la législation à l'aide de décrets réglementaires. Il ne règle pas seulement les détails d'application des lois, mais souvent des matières d'une plus grande importance sur lesquelles les Chambres, pour tel ou tel motif, ont négligé de statuer. Nous avons donné pour exemples la composition du ministère, l'institution du Conseil supérieur de la guerre, les attributions des membres de ce Conseil, on pourrait

en ajouter d'autres. Tenons nous-en au Conseil supérieur et à ses attributions. Ce sont là des objets dont le législateur s'est préoccupé lui-même. La commission de l'armée de la Chambre des députés en a été saisie. Elle a élaboré des propositions de loi, propositions qui n'ont pas été discutées ou n'ont pas abouti. Cependant, l'intérêt public souffrait de l'inaction du législateur. Le gouvernement a pris l'initiative de régler, par voie de décrets, toutes ces questions qu'il y avait urgence à ne pas laisser en suspens. N'y a-t-il pas là une sorte de délégation tacite du législateur ? Cette inaction volontaire peut d'autant mieux être interprétée en ce sens que le Parlement a vu le gouvernement se substituer à lui sans protester. Il a laissé faire et semblé dire : agissez, je me tais, et consens ! On pourra accuser le législateur d'indifférence coupable, critiquer son abstention à divers points de vue. Il ne viendra à l'idée de personne de dire que, par cette interversion des rôles, une nouvelle constitution a été substituée à la constitution existante.

b) Délégations expresses. — Sans doute, le Président de la République — nous l'avons établi en étudiant les bornes du pouvoir réglementaire -- ne saurait spontanément, en aucun cas, établir des taxes, des pénalités ou créer des juridictions, ni porter atteinte au droit de propriété, parce que ce sont des matières que de tout temps le législateur a faites exclusivement siennes. Mais si le législateur l'y autorisait expressément ? Y aurait-il-là, au point de vue constitutionnel, une dérogation d'une

autre nature que celles que nous constatons plus haut ? Nous ne le pensons pas. La délégation expresse qui interviendra dans ce cas, n'aura pour effet que de lever l'interdit, c'est-à-dire de permettre au pouvoir exécutif, usant de son pouvoir général, de statuer sur une matière jusqu'ici réservée par le pouvoir législatif. Et, en fait, il y a eu des délégations de cette sorte.

C'est en vain, en effet, que l'on s'est efforcé, par une analyse pénétrante des textes cités par différents auteurs, de démontrer qu'à aucune époque, le législateur n'avait délégué à l'autorité exécutive le soin de statuer sur les objets que, sans cette délégation expresse, elle n'eût pu régler de son propre mouvement. Tous les exemples qui ont été donnés sans doute, dans les différents traités de droit administratif, ne sont pas au même degré caractéristiques. Il s'en trouve parmi eux qui ne résistent pas à une appréciation réfléchie. Mais à côté de ceux-là, il en est dont le caractère n'est pas douteux. Reprenons ces exemples, pour éliminer d'abord ceux qui paraissent avoir, mais n'ont pas en réalité, le caractère de délégations législatives. Nous analyserons ensuite, pour les retenir, ceux qui, à notre sens, le possèdent incontestablement.

Tout d'abord, il y a lieu d'écarter l'interprétation qu'a donnée M. Laferrière de la Constitution de 1848 (art. 75). Cet article, on s'en souvient, attribuait au Conseil d'Etat le droit de faire les règlements « à l'égard desquels l'Assemblée nationale lui aura donné une délégation spé-

ciale (1) ». Est-ce à dire que le Conseil d'Etat recevait là un pouvoir différent de celui qu'avait le roi en vertu de l'art. 13 de la charte de 1830 ? Nous ne le pensons pas. Cet article 75 avait simplement pour effet de partager ce pouvoir, sans en modifier le caractère, entre le Président de la République et le Conseil d'Etat. Il est vrai que M. Vivien répondant aux critiques de M. Valette avait dit que les règlements préparés dans ces conditions par le Conseil d'Etat « sont faits par lui comme *substitué au législateur* ». Mais il n'y a pas lieu de faire fond sur ces expressions, puisqu'aussi bien le pouvoir réglementaire est toujours une sorte de prolongement du pouvoir législatif (2). En tout cas, même en prenant à la lettre les dispositions de l'art. 75, il ne semble pas qu'on puisse en conclure, comme le fait M. Laferrière, que si le droit propre du Conseil d'Etat n'a pas survécu à la Constitution de 1848, la délégation législative qui lui était attribuée a fait retour au Chef de l'Etat (3). Pourquoi le Chef de l'Etat aurait-il hérité de l'autorité réglementaire telle que l'organisait l'art. 75 de la Constitution de 1848, plutôt que de l'autorité réglementaire telle que l'organisait l'art. 49 de la même Constitution ? Il n'est pas douteux que les dispositions de l'art. 75 ne soient tombées avec la Constitution qui les édictait. En effet, la Constitution de 1852 rééditait les termes de celle de l'an VIII, et les suivantes

1. V. page 130.

2. V. p. 42 et 43.

3. *Rev. polit. et parlementaire*, janvier 1898, p. 14.

ont repris l'ancienne formule générale, notamment la formule de l'art. 49 de 1848, sans y ajouter la règle ni la formule de l'art. 75.

Ce n'est pas dans le texte d'une Constitution éphémère qu'il faut chercher la justification des délégations législatives, mais dans la pratique, dans l'usage. C'est, selon nous, une règle coutumière qui surgit naturellement quand les circonstances l'imposent (1).

Elle surgit rarement, nous le verrons, mais elle apparaît nettement dans certaines lois. On a présenté des exemples de délégations législatives là où en réalité il n'y en a pas. Ceux qui peuvent être contestés avec le plus de force sont ceux qui sont considérés par certains auteurs comme ayant donné au Chef de l'Etat le mandat d'établir des juridictions. Ainsi MM. Macarel et Ducrocq signalent les art. 615 et 617 du Code de commerce comme attribuant au Chef de l'Etat un rôle législatif.

Il est dit dans le premier de ces textes qu'un règlement d'administration publique déterminera le nombre des tribunaux de commerce et les villes qui seront susceptibles d'en recevoir par l'étendue de leur commerce et

1. M. Berthélemy, dans son article de la *Revue pol. et parl.* constate également qu'avant M. Macarel, aucun auteur, ni M. de Gérando dans son ouvrage de 1829, ni M. Foucart dans ses *éléments de droit public* de 1839, ni M. de Cormenin dans son traité de 1840, n'a songé à donner aux règlements d'administration publique une portée plus grande que celle des règlements ordinaires. Cependant, dès 1814 la Chambre des députés dans une loi sur les douanes et en 1835 la Cour de cassation avaient admis le principe des délégations.

de leur industrie. Il est dit dans l'art. 617 que le nombre des juges et des suppléants sera fixé pour chaque tribunal par un règlement d'administration publique. Faisons abstraction un instant, de ces volontés exprimées par le législateur, supposons qu'il n'ait adressé aucune invitation au Chef de l'Etat d'avoir à déterminer le nombre des tribunaux et le nombre des juges ou suppléants. Dans le silence de la loi, et en vertu du pouvoir réglementaire inhérent à sa fonction, le Chef de l'Etat eût-il pu spontanément combler les lacunes de la loi ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Car il ne s'agit pas là de créer des juridictions, mais d'organiser le fonctionnement de juridictions créées par la loi elle-même, en un mot, de pourvoir aux mesures d'exécution de la loi sur les tribunaux de commerce.

C'est ce qu'exprime avec infiniment de raison M. Berthélemy : « Les règles fondamentales sont dans la loi : on aura des juges consulaires ou des juges civils jugeant commercialement, suivant qu'on habitera un canton important ou une petite ville. Et la fonction, et la compétence, et le recrutement de ces juges sont déterminés par la loi ! Est-ce donc donner au Chef de l'Etat le droit de créer une juridiction, que lui confier le soin d'apprécier, pour l'exécution de ces principes, à quel moment l'importance commerciale d'une ville rend opportune la préférence d'un système à l'autre » (1). L'appréciation de

1. *Rev. pol. et parl.* 10 janvier 1898, p. 11 et 12.

l'importance d'une ville au point de vue commercial ou industriel, est un de ces faits *variables*, un de ces objets instantanés, comme disait Portalis, qui sollicitent bien plus l'application de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui crée.

De même la loi du 26 octobre 1888 qui permet au gouvernement de créer « lorsque les besoins du service l'exigeront » une section contentieuse supplémentaire au Conseil d'Etat, a donné lieu à une interprétation de même nature et, à notre sens, mal fondée : « Il y a là, dit M. Ducrocq, une délégation donnée par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif d'édicter, par voie de décret réglementaire, une mesure du domaine exclusif de la puissance législative. Tel est en effet le caractère de toute création de juridiction nouvelle (1) ». Or, les observations relatives aux art. 615 et 617 du Code de commerce peuvent s'appliquer tout aussi bien à cette matière. Par suite de l'accroissement du nombre des affaires, le fonctionnement de la justice administrative était devenu trop lent. Il y avait nécessité d'adjoindre à la section contentieuse permanente, une section temporaire. Il s'agissait là, de compléter l'organisation d'une juridiction existante, non de créer une juridiction nouvelle. Et un décret réglementaire eut pu, sans invitation du législateur, prendre certaines mesures pour parer aux exigences de la situation. Quoi qu'il en soit, une loi est intervenue, mais elle n'a pas donné, dans ce cas, au Chef de l'Etat,

1. Ducrocq. *op. cit.* T. I, p. 449.

un pouvoir sortant de la sphère normale de ses attributions réglementaires.

En définitive, on ne peut signaler de texte permettant vraiment au pouvoir exécutif d'établir des juridictions par voie de règlements d'administration publique.

Certaines dispositions législatives lui ont-elles attribué le droit d'établir des pénalités ?

On ne cite généralement qu'une loi, celle du 22 juillet 1822 sur les douanes qui aurait délégué au Chef de l'Etat le droit d'édicter des peines. Cette loi décide que des ordonnances royales détermineront les bureaux par lesquels il sera permis d'introduire des bestiaux au tarif minimum. Et elle ajoute simplement que ces ordonnances *prescriront les mesures de police nécessaires pour empêcher les fraudes*. Et c'est tout. Y a-t-il là délégation du droit d'édicter des peines ? C'est ce que le gouvernement de l'époque a pensé. En conséquence de cette loi, une ordonnance du 28 juillet 1822, après avoir enjoint certaines précautions, les a sanctionnées par l'amende du double droit sur les bestiaux présumés introduits en fraude.

Des contraventions étant survenues, le tribunal de police et, sur appel, le tribunal de Montbéliard considérèrent l'ordonnance comme illégale en ce qu'elle édicte une pénalité et refusèrent d'appliquer la sanction. Sur pourvoi de l'administration des douanes, la Cour suprême cassa les décisions du tribunal par arrêts du 12 août 1835. Dans ces arrêts, la Cour de cassation

admet la distinction entre les règlements ordinaires et les règlements faits en vertu de textes spéciaux et reconnaît également au pouvoir législatif le droit de donner mandat d'édicter des pénalités. En voici les principaux considérants :

« Attendu... que l'administration des douanes s'est
« pourvue pour violation expresse de l'article 10 de la
« loi du 27 juillet 1822, dans lequel on ne peut se refu-
« ser de voir que le gouvernement avait reçu de la légis-
« lation le pouvoir d'ordonner l'exécution des mesures
« d'ordre et de police sous peine de l'amende du double
« droit, puisque sans cela la loi aurait été dépourvue
« de sanction....

« Attendu que de la généralité des expressions de
« l'art. 10 de la loi, il résulte que le législateur n'a pas
« seulement conféré au roi ce droit dont il est investi
« par la charte, de faire des règlements pour l'exécution
« des lois, mais qu'il a voulu de plus que ces règlements
« fussent le complément de la loi elle-même, et que le
« roi peut en conséquence en assurer l'exécution par
« une sanction pénale sans laquelle la loi et les ordon-
« nances rendues pour son exécution seraient toujours
« demeurées sans effet...

« Casse, etc.. »

Comme on le voit, les termes de cet arrêt sont empreints d'une certaine réserve. On comprend que la Cour de cassation, par les détours qu'elle emploie pour justifier la légalité de l'ordonnance, se sent en présence

d'une dérogation aux traditions constantes de notre droit public. Mais elle n'aurait pu confirmer le jugement du tribunal de Montbéliard, sans placer en même temps le gouvernement dans l'impossibilité d'appliquer la loi sur les douanes. Il faut dire également que, dans l'espèce, la dérogation est d'une nature peu grave. Il ne s'agit en effet que d'une amende fiscale qui, comme toutes les amendes de cette catégorie, n'a qu'un caractère pénal très atténué : ces amendes sont bien plutôt des dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé au fisc qu'une véritable peine. Cela est si vrai que l'administration des douanes a le droit de transiger sur cette peine soit avant, soit après la condamnation prononcée (1).

Si la Cour de cassation n'a jamais eu à statuer sur des espèces plus caractéristiques, c'est que les assemblées législatives sont éminemment jalouses de leurs attributions et qu'aucune d'elles ne s'aviserait de déléguer au Chef de l'Etat le pouvoir exorbitant d'édicter des pénalités d'un autre ordre — ce qui serait une véritable abdication.

Mais à différentes époques et sous l'empire de préoccupations diverses, elles ont cru devoir attribuer au pouvoir exécutif le droit d'établir ou de modifier des taxes par voie de décrets. Nous donnerons de cette dérogation aux principes des exemples saillants. Mais éliminons d'abord quelques exemples sujets à contestation. Comme application de cette pratique, MM. Batbie et Aucoc,

1. Garraud, *Précis de droit criminel*, 2^e édit. p. 303.

citent le règlement d'administration publique du 4 août 1855. Il n'est pas probant. Le règlement a été rendu en exécution de la loi du 2 mai de la même année qui établit une taxe sur les chiens et qui fixe dans son art. 2 le maximum de cette taxe. Elle ne donne au gouvernement que le droit d'établir le tarif sur la proposition des conseils municipaux dans les limites déterminées par la loi. On ne peut donc pas soutenir qu'il y ait là un véritable pouvoir délégué de créer une taxe (1).

Une question fort controversée est celle de savoir si les lois du 28 avril 1816 (art. 147), du 24 juillet 1867 (art. 8) et du 5 avril 1884 (art. 37) autorisent le gouvernement à créer par décrets des taxes d'octroi. M. Ducrocq est pour l'affirmative, M. Berthélemy, au contraire, nie qu'il en soit ainsi.

Les taxes locales, comme toutes les taxes, ne peuvent être établies que par une loi. M. Ducrocq rappelle ce principe absolu qui est déclaré tel par un arrêt de la Cour de cassation (2). En ce qui concerne les octrois municipaux, ajoute-t-il, il n'est pas douteux qu'il n'y ait une dérogation partielle au principe. Aux termes de l'art. 147 de la loi du 28 avril 1816 et 137 de la loi du 5 avril 1884, l'octroi ne peut être établi dans une commune que si trois condi-

1. M. Ducrocq ne donne pas dans son énumération des lois qui ont délégué au pouvoir exécutif des attributions législatives, la loi de 1855, T. I, n° 67.

2. Cass. Ch. civile. 19 fév. 1884 (*administration des douanes contre Ravot et Coupéry*).

tions sont réunies ; il faut : 1° que les revenus de la commune soient insuffisants pour ses dépenses ; 2° que le conseil municipal en fasse la demande et 3° qu'un décret « l'établisse ». Il est donc certain que l'octroi n'est pas établi dans une commune par une loi, ni par le conseil municipal qui en demande seulement l'établissement, mais par un décret rendu en exécution de la loi qui lui délègue le pouvoir de l'établir. C'est en cela que consiste la dérogation seulement partielle au principe qui nous occupe (1).

Nous croyons, avec M. Berthélemy, qu'il y a là une méprise. Il est bien certain que s'il n'y a pas de taxe sans une loi, on n'a pas entendu par là que les taxes locales dussent être votées en détail par le Parlement. En réalité, dans les textes cités, on ne confie pas au gouvernement le soin de créer des taxes. Le conseil municipal, après avoir voté le principe d'un octroi, après en avoir fixé les conditions et les tarifs, soumet le tout à l'examen du gouvernement. Le rôle de celui-ci consistera simplement à *autoriser* ce que le conseil municipal a *décidé*. Il s'agit là, non pas d'un acte à caractère législatif, mais d'un acte de contrôle administratif, exigeant des précautions particulières et qui est astreint à une procédure *ad hoc*. Et cette procédure ne comporte même pas la confection obligatoire d'un règlement d'administration publique, mais seulement d'un décret rendu en

1. Ducrocq. T. III, p. 81.

Conseil d'Etat, c'est-à-dire, sur l'avis seulement de la section compétente.

D'ailleurs les taxes d'octroi ne sont pas les seules que les communes soient autorisées à établir sous condition d'une homologation par le pouvoir exécutif. Le produit des droits de place dans les halles, foires et marchés, le produit des péages communaux, les droits de voirie, le produit de la taxe de balayage etc... sont perçus en vertu de tarifs, et ce sont des tarifs d'impôts. Aucun d'eux n'a besoin d'homologation législative, mais seulement de l'approbation de l'autorité compétente. Les droits de voirie, par exemple, ne peuvent être perçus que s'ils ont été homologués par les préfets, et on ne peut pas dire que la loi donne par là même aux préfets le droit d'établir des taxes. Le conseil municipal les établit conformément aux lois, le préfet les approuve. Voilà tout. C'est de cette façon qu'il faut comprendre le rôle du gouvernement lorsqu'il est chargé d'autoriser par décret l'établissement des octrois. Il n'y a pas là de délégation législative.

L'affirmation de MM. Batbie, Aucoc, Laferrière et Ducrocq, que le législateur peut déléguer et a délégué en effet au Chef de l'Etat le pouvoir de légiférer en matière d'impôts, est-elle donc erronée ? Non pas. On peut l'appuyer d'une série de preuves certaines.

La disposition de l'article 6 de la loi du 27 février 1880 qui prescrit au gouvernement de déterminer, par un règlement, « le tarif des droits d'inscription, d'exa-

men et de diplôme, à percevoir dans les établissements d'enseignement supérieur chargés de la collation des grades » est bien, malgré qu'on en ait, un exemple d'une délégation par le législateur du droit d'établir des taxes. M. Macarel signalait déjà l'article 38 de la loi du 22 ventôse an XII auquel est identique l'article 6 de la loi de 1880, comme constituant une dérogation évidente au principe que l'impôt ne peut résulter que de la loi. Sans doute, pour justifier cette opinion, il avait tort de dire « que toute prestation pécuniaire exigée d'un citoyen quelconque au nom de l'Etat est un impôt (1). » Cette définition de l'impôt est trop compréhensive, et M. Berthélemy observe (2), à ce propos, qu'en prenant un billet de place dans une gare des chemins de fer de l'Etat, bien qu'il y ait là une prestation pécuniaire exigée de l'Etat, nous n'acquittons pas un impôt, mais le prix d'un service rendu. Il n'en est pas moins vrai que ce serait une erreur de voir des recettes à caractère industriel ou commercial dans les droits établis par décret en vertu de l'article 6 de la loi du 27 février 1880. Il résulte du texte même de cet article qu'ils sont rattachés à la collation des grades et que la collation des grades n'appartient qu'à l'Etat. Enfin, trois lois, durant ce siècle, sont intervenues, celles de l'an XII, de 1855 et de 1880 pour conférer au gouvernement le droit d'établir le tarif de ces droits. N'est-ce pas là une preuve absolue que le pouvoir

1. Macarel. *Cours*. T. I, p. 52.

2. *Rev. polit. et parl.*, février 1898, p. 328.

exécutif ne pouvait les fixer en l'absence de cette délégation législative incontestable (1).

La loi du 21 mars 1878 porte également, à n'en pas douter, une délégation législative. Dans son article premier, elle fixe la taxe télégraphique pour tout le territoire à 0 fr. 05 le mot, sans que le prix de la dépêche puisse être moindre de 0 fr. 50, et l'article 2 est ainsi conçu : « Les taxes sous-marine, sémaphorique et urbaine et généralement les taxes accessoires, ainsi que les mesures propres à mettre les règles du service télégraphique intérieur en harmonie avec celles du service international, pourront être fixées par décrets ; néanmoins, celles de ces dispositions qui pourront affecter les recettes de l'Etat devront être soumises à l'approbation des Chambres dans la prochaine loi de finances. » Il y a là une délégation entourée sans doute de précautions restrictives, mais il y a délégation. Pour que les dispositions de l'article 2 n'eussent pas ce caractère, il faudrait pouvoir dire que le gouvernement aurait le droit spontanément de fixer ces taxes par décrets ; or, personne ne voudrait le soutenir (2).

Mais c'est surtout en matière de douanes que des dérogations très nettes ont été apportées au principe général, en vertu duquel aucun impôt ne peut être augmenté, diminué ou suspendu qu'en vertu d'une loi. Toute une

1. Ducrocq. T. III, p. 142, note 2.

2. Cet exemple est cité par M. Haurion comme ayant incontestablement le caractère de délégation législative.

série de lois successivement remplacées, atténuées ou aggravées est à mentionner.

La première en date est celle du 29 floréal an X (19 mai 1802). Les deux articles de cette loi portent que le gouvernement pourra provisoirement hausser ou baisser les taxes de douanes, prohiber ou permettre l'importation de toutes marchandises. Les modifications à apporter devaient être délibérées et arrêtées suivant les formes usitées par les règlements d'administration publique. Le pouvoir exécutif était tenu d'en référer au pouvoir législatif au cours de la session, ou bien à la plus prochaine, si le corps législatif n'était pas assemblé.

Ces dispositions ont été remplacées par l'article 34 d'une loi du 17 décembre 1814 qui donne au roi, provisoirement et en cas d'urgence, le pouvoir 1° de prohiber l'entrée des marchandises de fabrication étrangère, ou augmenter à leur importation les droits de douane.... 2° de diminuer les droits sur les matières premières nécessaires aux manufactures ; 3° de permettre ou suspendre l'exportation des produits du sol et de l'industrie nationale et déterminer les droits auxquels ils seront assujettis, etc... Toutes les dispositions ordonnées et exécutées en vertu de cette loi devaient être présentées, en forme de projet de loi, aux deux Chambres, avant la fin de la session, ou à la session prochaine, si elles n'étaient pas assemblées.

Cet article 34 de la loi de 1814, lors de la discussion, a été l'objet d'attaques véhémentes et qui en fixent avec

précision le caractère. M. Le Hir objecta que la puissance législative ne doit pas être déléguée surtout en matière d'impôt ; et elle le serait si l'on accordait au gouvernement la faculté de modifier, de corriger, de changer la loi, d'établir un droit plus fort. En conséquence, il proposa la question préalable (1). Un autre orateur, M. Flaugergues, combattit comme inconstitutionnelle la faculté qui serait accordée au gouvernement d'augmenter les taxes (2). D'autre part, M. Gallois demanda la suppression de l'article 34, en ces termes :

« Il est inconstitutionnel, parce qu'il autorise l'établissement et la perception d'impôts non consentis par les
« deux Chambres et sanctionnés par le roi. Les douanes
« tout entières et sans aucune distinction d'objets sont
« appelées contributions indirectes, et comme telles, elles
« ne peuvent dériver que de la puissance législative...
« La disposition que j'attaque donnerait aux ministres
« une participation préalable à la législation... La responsabilité des ministres ne peut porter que sur l'exécution des lois faites par vous, sur la perception des
« impôts établis par vous ; la responsabilité légale, en
« un mot, se rapporte à l'exécution non à la législation (3) ».

En dépit de ces critiques, cet article 34 fut voté, et n'a cessé depuis d'être en vigueur dans la plus grande

1. *Moniteur universel* du 18 nov. 1814. Séance de la Ch. des députés du 18, p. 1301.

2. *Moniteur universel* du 24 nov. 1814. Séance du 23, p. 1322.

3. *Moniteur universel* du 27 nov. 1814, p. 1334.

partie de ses dispositions. Il en a été fait un fréquent usage sous tous les gouvernements ; à toutes les époques, il a été considéré comme « indispensable », suivant l'expression du baron Louis, parce qu'il se réfère à une situation urgente et éminemment provisoire, telle que la guerre, la disette, la famine, l'invasion de la peste bovine, ou le désordre jeté dans la circulation monétaire de la France etc... (1).

Une loi du 15 juin 1861 a restreint la portée de cet article, en décidant qu'il n'est pas applicable aux grains, farines et à certaines autres denrées dénommées.

Dans le même ordre d'idées, la loi du 27 mars 1887 qui portait à 5 fr. le droit établi par quintal sur le blé, permettait au gouvernement, dans son art. 1 § 2, d'en suspendre l'application par décret. « Dans des circonstances exceptionnelles et quand le prix du pain s'élèvera à un taux menaçant pour l'alimentation publique, le gouvernement pourra, en l'absence des Chambres, suspendre en tout ou en partie les effets de la présente loi par un décret du Président de la République, rendu en Conseil des Ministres. Dans ce cas, la mesure prise par le gouvernement devra être soumise à ratification, aussitôt les Chambres réunies ».

De même, la loi du 11 janvier 1892 donne au gouvernement le droit d'appliquer des surtaxes ou le régime de la prohibition à tout ou partie des marchandises origi-

1. Ducrocq. T. III, p. 146 et suivantes.

naires des pays qui appliquent ou appliqueraient des surtaxes ou le régime de la prohibition à des marchandises françaises. Cette loi exige également la ratification des Chambres.

Tous ces textes, à n'en pas douter, consacrent des exemples de délégations législatives bien caractérisées. Par là même le gouvernement reçoit le droit d'augmenter, de diminuer ou de suspendre des taxes, ce qu'il ne pourrait jamais faire sans une habilitation spéciale du législateur. Il n'est pas question, il est vrai, dans ces différentes lois, de décrets portant règlement d'administration publique, et le gouvernement peut agir (excepté sous le régime de la loi de floréal an X) sans l'avis préalable du Conseil d'Etat ; mais il n'en est pas moins vrai que le législateur délègue au Chef de l'Etat, quand il y a urgence, le pouvoir de légiférer par décrets, provisoirement tout au moins.

Nous mentionnerons également la loi du 13 septembre 1897, dite *loi du cadenas*, aux termes de laquelle le gouvernement reçoit du législateur le droit d'ordonner par un décret l'exécution immédiate de tout projet de loi que lui, gouvernement, aura présenté en vue du relèvement des droits de douanes sur les céréales, etc... Ainsi voilà un projet de loi élaboré par le gouvernement, il n'a été ni imprimé, ni distribué aux Chambres, ni par conséquent délibéré par elles, et un décret peut en ordonner l'exécution immédiate. Autant dire que le gouvernement reçoit le droit de légiférer tout seul. Comme exemple de

délégation législative, on ne peut rien trouver de plus décisif.

§ 3. — En résumé, s'il est vrai théoriquement que, sous l'empire d'une constitution écrite, chaque organe ait sa fonction propre et déterminée, en fait, par la force même des choses, le pouvoir législatif est nécessairement le régulateur de tous les autres organes de l'Etat. Nous l'avons vu retenir et exercer lui-même, ou soumettre à des conditions restrictives, certaines attributions du pouvoir exécutif, ou bien au contraire élargir le pouvoir réglementaire du Chef de l'état par l'abandon tacite ou la délégation expresse d'attributions législatives. Mais toutes ces dérogations à la pure logique constitutionnelle constituent bien plutôt une sorte de collaboration ou de pénétration réciproque des deux organes imposée par les exigences de l'action gouvernementale, qu'une véritable violation de la Constitution.

Le principe des délégations législatives est consacré par l'usage et justifié par les nécessités de la pratique. D'ailleurs, les exemples précédemment analysés en font foi, les délégations dépassant les limites normales du pouvoir réglementaire sont extrêmement rares et n'offrent aucun caractère alarmant. Mais, dira-t-on, le principe admis, où sera la limite ? A quelles conséquences ne serons-nous pas entraînés ? Et l'on se demande quel serait, devant les tribunaux, le sort d'un règlement d'administration publique édictant, par exemple, une peine privative de liberté, l'emprisonnement, la réclusion,

ou bien établissant un impôt de consommation, etc... Ce sont là des hypothèses outrées qu'il n'y a pas lieu d'envisager. Les assemblées législatives sont jalouses au plus haut point de leurs prérogatives et il n'est pas à redouter qu'elles ne les abdiquent jamais de cette sorte au profit du pouvoir exécutif. Les garanties contre les délégations excessives résident précisément dans cet esprit des assemblées, dans le souci qu'elles ont de maintenir leurs droits. A aucune époque de notre histoire parlementaire, on n'a vu une assemblée se dessaisir volontairement et de propos délibéré de ses attributions légitimes. Ce sont plutôt les empiétements sur le domaine de l'exécutif qui seraient à craindre.

SECTION II

Conséquences contraires au droit — Précepte de moralité politique.

§ 1. — Que si d'ailleurs, par impossible, les faits venaient à démentir cette confiance, si, sous l'influence d'un concours de circonstances extraordinaires, les Chambres donnaient au pouvoir exécutif mandat de légiférer en leur place, même dans cette hypothèse, il faut bien le dire, aucune autorité judiciaire ou administrative n'aurait compétence pour refuser d'appliquer ou pour annuler les actes rendus par le Chef de l'Etat dans les limites

de son mandat. C'est qu'il n'y a pas en France de juge de l'inconstitutionnalité des lois. La Constitution a réparti les fonctions essentielles largement, à grands traits, entre différents organes, mais de même qu'elle n'a énuméré, ni détaillé les attributions respectives de chacun d'eux, de même elle n'a organisé aucune sanction capable de les maintenir dans leur spécialité.

Aussi bien, la théorie des règlements d'administration publique présentée par MM. Esmein et Berthélemy doit forcément se ressentir de cette sorte d'infirmité de nos lois constitutionnelles.

Pour le démontrer, faisons une hypothèse. Admettons que, contrairement à ce que nous avons dit, cette théorie cadre parfaitement avec les exigences de la pratique gouvernementale, qu'au surplus le Conseil d'Etat convaincu de son bien fondé, se l'approprie pour réformer sa jurisprudence. Toute délégation législative est inconstitutionnelle, tout règlement rendu en vertu de cette délégation est illégal. Qu'arrivera-t-il ? Le Conseil d'Etat jusqu'ici a considéré les règlements d'administration publique comme ayant une valeur légale et déclaré irrecevable tout recours en annulation dirigé contre eux. Aujourd'hui tout est changé. Les mêmes actes lui apparaissent comme des actes purement administratifs. Dès lors, le recours pour excès de pouvoir va être admis, et le Conseil d'Etat, recherchant s'ils ont été édictés dans les limites permises aux actes de cette catégorie, prononcera l'annulation de ceux qui les auront outrepassées.

Telles sont les conséquences auxquelles aboutit le nouveau système proposé.

Prenons un exemple. Voici une loi prescrivant au Président de la République de relever ou d'abaisser, suivant les circonstances, par voie de règlement, des taxes douanières établies par la loi. Cette hypothèse n'est pas en dehors de la réalité, bien que généralement, dans ce cas, les décrets ne soient pas rendus en Conseil d'Etat. Mais la forme importe peu. Donc, l'occasion propice se présentant, les taxes douanières, à partir de telle date, sont relevées par décret. Les intéressés qui se prétendent lésés, introduisent un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Appliquant la théorie nouvelle, celui-ci n'aura pas à hésiter : le Président de la République a fait œuvre législative en modifiant des taxes, son acte réglementaire est illégal et devra nécessairement être annulé. La logique du système va jusque-là et l'on ne peut se soustraire à cette conséquence. On pourrait d'ailleurs prendre tout autre exemple de délégation législative parmi ceux que nous avons cités.

Or, dans cette conjoncture, quel rôle aura joué le Conseil d'Etat ? Il ne faut pas s'y méprendre : en annulant un acte réglementaire rendu dans ces conditions, il aura mis le Président de la République dans l'impossibilité de réaliser le vœu du législateur, et, du même coup, atteint et paralysé la disposition législative elle-même. Il s'érige ainsi en juge de la constitutionnalité d'une loi, il interprète la Constitution.

Le Conseil d'Etat a-t-il ce pouvoir ? Aucun texte ne le lui donne. Il apparaît donc qu'en agissant ainsi, ce tribunal administratif usurperait une prérogative qu'il n'a pas et que n'a en France, à l'heure actuelle, aucune juridiction.

Le système de MM. Esmein et Berthélemy aurait pour résultat, en définitive, de créer, dans notre régime constitutionnel, indirectement, par un chemin détourné, une autorité gardienne du pacte fondamental, ayant des pouvoirs analogues à ceux du Sénat conservateur du premier et du second Empire. Or, pour divers motifs, les auteurs de notre Constitution n'ont pas cru devoir faire revivre une semblable institution. Est-il admissible que par voie de déduction logique, on arrive à la faire surgir, en investissant le Conseil d'Etat d'une pareille compétence ? Ce serait substituer gratuitement à la constitution existante une autre constitution.

Et ce n'est pas tout, les tribunaux judiciaires, pour les mêmes raisons, auraient le droit, eux aussi, d'apprécier, au cours d'un litige, la constitutionnalité de la délégation en vertu de laquelle a été rendu le règlement d'administration publique qu'ils ont à appliquer aux faits de la cause. Ce serait le système américain introduit en France !

Ainsi donc les délégations législatives sont déclarées impossibles, parce que inconstitutionnelles, et la logique de cette règle aboutit à des conséquences également con-

traires à la Constitution. Il y a là, semble-t-il, un cercle vicieux dont on ne peut sortir.

§ 2. — Est-ce à dire que le principe mis en lumière par M. Esmein, à savoir que chaque organe est tenu de se maintenir dans sa spécialité, doit demeurer lettre morte ? Non pas. Mais cette règle tutélaire, comme toutes celles que pose la Constitution, ne peut être, nous le répétons, qu'un précepte de moralité politique. Si le législateur émettait la prétention de rompre avec la sagesse des précédents, et de donner aux délégations législatives qui, jusqu'à ce jour, n'ont jamais dépassé les bornes compatibles avec le fonctionnement normal du gouvernement parlementaire, un caractère plus large ou plus accentué, il appartiendrait aux membres prévoyants des Chambres, et en particulier à leur Président, de rappeler les auteurs de propositions excessives au respect du principe de la séparation des pouvoirs. La question préalable pourrait être opposée, et le Président aurait le droit et le devoir d'interdire la discussion et la mise aux voix d'une disposition manifestement contraire aux saines pratiques constitutionnelles. C'est la seule sanction qui apparaisse comme possible. Elle est d'ordre parlementaire. Elle ne dépend que de la sagesse des Assemblées, puisqu'aussi bien la question préalable est un obstacle créé par leur règlement intérieur et que leur Président n'a d'autres prérogatives que celles qu'elles lui ont conférées.

L'autorité morale du président du Sénat et du président de la Chambre des députés faisant opposition, par les

moyens dont ils disposent, à toute proposition inconstitutionnelle, serait apparemment assez puissante pour en déterminer l'abandon ou le rejet. A ce point de vue, il est intéressant de remarquer que les interprètes les plus qualifiés et les gardiens les plus vigilants de la Constitution sont précisément les présidents des deux Chambres, alors que celle-ci n'est pour rien dans l'institution de leur haute magistrature (1).

1. En 1884, la fermeté du président du Congrès réuni en vue d'une revision constitutionnelle, a suffi pour faire rejeter des motions contraires à la Constitution. D'autre part, toutes les fois qu'il y a eu à procéder à une élection du Président de la République, des propositions ayant ce caractère ont été produites qui toutes se sont heurtées au vote très efficace de la question préalable.

CHAPITRE X

RÈGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE (*suite*).

CONCLUSION

Si, comme nous croyons l'avoir démontré dans le dernier chapitre, les délégations législatives sont justifiées par les précédents et autorisées par les exigences de la pratique gouvernementale, si, d'autre part, la règle qui prétend les interdire est dépourvue, en dépit de son caractère juridique, de toute sanction devant les tribunaux de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, nous rentrons par là même dans les données du premier système tel qu'il a été exposé par MM. Macarel, Dufour, Batbie, Aucoc, Laferrière et Ducrocq.

Nous admettons donc que le Chef de l'Etat, quand il édicte des règlements d'administration publique, peut avoir des prérogatives plus larges que celles dont il dispose quand il édicte des règlements simples.

Est-ce à dire que nous devons attribuer aux règlements d'administration publique le caractère que leur donnent ces savants auteurs et la jurisprudence du Conseil d'Etat ?

En un mot, devons-nous les considérer comme ayant la même autorité que les lois votées par le Parlement et, comme celles-ci, les soustraire au contentieux de l'annulation ? Nous n'irons pas jusque-là. Cette conséquence ne nous paraît point obligatoire.

Nous écarterons cette doctrine, comme nous avons écarté celle de MM. Esmein et Berthélemy. Nous avons vu qu'avec ce dernier système, le Conseil d'Etat serait entraîné à juger le législateur lui-même et par conséquent à violer les principes de sa compétence.

Entre ces deux systèmes diamétralement opposés, il y a place, nous semble-t-il, pour une autre opinion plus conforme, à notre sens, aux règles générales de notre droit public et qui, en tout cas, découle naturellement de l'analyse comparative des règlements et des lois qu'au cours de cette étude nous avons développée.

S'il nous coûte de nous mettre ainsi en désaccord avec tant d'éminents maîtres, nous aurons du moins la satisfaction d'appeler à notre aide l'autorité de M. Ducrocq qui, dans une note du troisième volume de son *Cours*, arrive à la même conclusion que celle que nous proposons.

En réalité, c'est de la théorie de la délégation que vient tout le mal. Elle crée un malentendu regrettable. Dans la logique de la délégation, dit-on, l'acte accompli par le délégué a la même nature et la même autorité que s'il avait été accompli par le déléguant. D'après cela, on considère le règlement d'administration publique comme

une quasi-loi et on l'affranchit de tout recours contentieux. D'un autre côté, on objecte que les délégations législatives sont juridiquement impossibles et on aboutit à l'impasse que nous avons signalée.

La théorie de la délégation ne comporte, selon nous, ni cette interprétation, ni ces conséquences. Le mot délégation est un mot commode, mais qui, en droit public, ne doit pas être pris au pied de la lettre. Le pouvoir législatif, en déléguant au Chef de l'Etat le droit de statuer sur tel objet qu'il s'était réservé jusqu'à ce jour, ne fait, comme nous l'avons dit, que lever l'interdit sur ce point particulier. Le pouvoir législatif a la faculté de régler toutes matières, même les détails d'exécution d'une loi. Pour des raisons d'utilité pratique, il restreint ou élargit, comme bon lui semble, les limites du pouvoir réglementaire. Telle matière aujourd'hui réglementaire peut devenir demain législative et inversement. Il y a, si l'on veut, délégation perpétuelle, tacite ou expresse, du législateur au Chef de l'Etat. Nous sommes en présence d'une seule fonction, exercée, suivant les nécessités du moment, par deux organes différents, mais dont l'un est maître de l'exercer tout entière, ou plus ou moins, à son gré. Le Président de la République, organe auxiliaire, attend de l'organe directeur la permission d'agir dans tel cercle que celui-ci veut bien lui tracer (1).

1. M. Hauriou, au lieu du mot délégation, emploie l'expression « permission expresse. »

Pour nous, les actes réglementaires quels qu'ils soient, règlements proprement dits ou règlements d'administration publique, ont, quant au fond, les mêmes caractères que les lois. Comme les lois, ils constituent des règles impératives ou prohibitives statuant pour l'avenir dans l'intérêt général et à l'égard de tous. A ce point de vue, ce sont de petites lois, des lois complémentaires, secondaires si l'on veut.

Mais qu'est-ce que ces lois ? Ont-elles la même valeur, la même autorité que celles édictées par le Parlement ? Nullement. Dans notre droit public — et nous insistons sur cette remarque — la qualité de l'acte ne dépend pas de sa nature propre, mais de la procédure suivant laquelle cet acte est rendu. Ne sont des lois que les dispositions délibérées et votées séparément et d'un commun accord par les deux Chambres. Le mot loi est le nom générique par lequel on désigne toutes les décisions prises par le pouvoir législatif. Le budget, acte administratif au fond, voté par le Parlement, est une loi. Les actes autorisant les emprunts, les ventes de biens domaniaux, etc..., considérés dans leur nature, sont également des actes administratifs et cependant, parce qu'ils émanent du Parlement, sont des lois. La forme emporte le fond. De même tous les actes rendus par le Chef de l'Etat agissant comme chef de la hiérarchie administrative, et quelle que soit au fond leur nature, sont des actes administratifs. Les règlements, véritables lois complémentaires, n'échappent pas à cette métamorphose.

Qu'ils soient faits spontanément par le Chef de l'Etat pour organiser les détails d'exécution d'une loi ou suppléer au silence de la législation, qu'ils soient faits par le Chef de l'Etat en vertu d'une délégation expresse du législateur, ils constituent les uns et les autres, par cela seul qu'ils émanent de l'administrateur suprême, et en dépit de leur nature, des actes administratifs. Petites lois au fond, actes administratifs en raison de l'organe qui statue. Nulle différence, à ce point de vue, entre les règlements ordinaires et les règlements d'administration publique. Pourquoi les soumettre à une jurisprudence différente, quand il s'agit des voies de recours dont ils peuvent être l'objet ?

Les actes réglementaires proprement dits peuvent être annulés par le Conseil d'Etat pour incompétence ou excès de pouvoir. Pourquoi pas les règlements d'administration publique ? Parce que, dit-on, la délégation en vertu de la quelle ils sont rendus leur communique un caractère quasi-législatif ? Mais les règlements ordinaires n'ont-ils pas au fond, eux aussi, le même caractère quasi-législatif ? La délégation n'ajoute rien à la nature de l'acte. Elle n'a pour effet, le plus souvent, que de préciser l'action du pouvoir réglementaire et, parfois, d'élargir son domaine en variant les limites. Voilà tout.

Or, quand un règlement d'administration publique n'a pas été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, ainsi que la loi l'exige, est-il admissible que le Conseil d'Etat puisse se refuser à recevoir un recours

pour excès de pouvoir ? Dans le cas où, malgré l'avis ou conformément à l'avis du Conseil d'Etat, un règlement d'administration publique dépasse les limites assignées par la délégation, le Conseil d'Etat est-il en droit de déclarer non recevable un recours pour excès de pouvoir contre cet acte rendu dans ces conditions ? Nous ne le pensons pas. Nous refusons au Conseil d'Etat le droit d'annuler un règlement d'administration publique qui, sans excéder les limites d'une délégation législative, édicte des dispositions en dehors de la sphère normale des actes administratifs, parce que, ainsi, il serait appelé à se faire juge de la délégation elle-même. Mais nous n'apercevons pas pour quelle raison il se refuserait à annuler en tout ou en partie un règlement sortant du cadre tracé par la disposition législative. Dans cette hypothèse, en effet, ayant à examiner et à annuler les mesures édictées en violation de la loi, il serait véritablement dans son rôle. Ce n'est pas l'œuvre du législateur qu'il jugerait ainsi, mais l'excès de pouvoir du Chef de l'Etat.

M. Ducrocq, tout en négligeant de s'expliquer sur la question des délégations législatives, aboutit à la même conclusion. Après avoir cité les lois déléguant au Chef de l'Etat le droit de fixer, par décrets portant règlement d'administration publique, le tarif des droits d'inscription, d'examen et de diplôme, etc., il s'exprime ainsi :

« Il n'est pas douteux que ces décrets, comme tous les autres décrets portant règlement d'administration publique, sont soumis, sauf leur examen en assemblée géné-

« rale du Conseil d'Etat, aux mêmes règles que les décrets
« réglementaires proprement dits, spécialement au recours
« pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat délibé-
« rant au contentieux. Nous avons établi dans quelles
« conditions ce recours est général, s'appliquant *sans dis-*
« *tinction* à tous les actes réglementaires, comme aux actes
« administratifs proprement dits. Les arrêts du Conseil
« d'Etat qui ont déclaré non recevables les recours pour
« excès de pouvoir, formés contre des décrets portant
« règlement d'administration publique, rendus en vertu
« de délégations législatives, *auraient donc dû déclarer ces*
« *recours recevables, sauf à les rejeter au fond, si les décrets*
« *attaqués n'avaient pas excédé les limites de la délégation*
« *législative* (1). »

Ainsi le Conseil d'Etat n'est pas désarmé, mais il devra se borner à rechercher si le décret portant règlement d'administration publique a outrepassé la permission du législateur, c'est-à-dire les limites fixées par la loi, de même qu'il se borne à rechercher, en matière réglementaire simple, si le Chef de l'Etat n'a pas statué contrairement à la loi dont il comble les lacunes, ou contrairement aux lois existantes.

1. Ducrocq., *op. cit.*. T. III, note 2 du n° 899, p. 142. — Le tome III du grand ouvrage de M. Ducrocq a paru en 1898 postérieurement à la publication de l'article de M. Berthélemy dans les n°s de janvier et février (même année) de la *Revue politique et parlementaire*. Il semble bien que la note 2 du n° 899 ait été rédigée après lecture faite de cette étude. Elle en contient un essai de réfutation partielle. En tout cas, la coïncidence est à noter.

La compétence de la juridiction administrative suprême est, de cette façon, maintenue dans son cadre normal et offre aux intéressés une action précieuse qui leur est refusée actuellement, et à tort, suivant nous, par la jurisprudence.

Cette solution a au surplus le mérite de faire disparaître une anomalie des plus bizarres et que M. Berthélemy a relevée avec beaucoup d'à-propos (1). La jurisprudence décide en effet, que si les règlements d'administration publique sont affranchis de tout recours contentieux, leur légalité peut, au contraire, être appréciée par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Il y a là une contradiction choquante. Si l'on admet que la délégation législative donne au règlement d'administration publique l'autorité de la loi, comment peut-on dire que les tribunaux, appelés à appliquer les dispositions de ce règlement aux faits d'un litige, soient compétents pour en apprécier l'existence légale et la force obligatoire, alors qu'ils n'ont pas le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois ? Le règlement a la valeur d'une loi devant le Conseil d'Etat et n'a plus que la valeur d'un acte administratif devant les tribunaux ! Ce système est injustifiable.

Aussi bien, nous évitons ces incohérences.

En résumé, lorsqu'il s'agit de règlements d'administration publique, les limites du pouvoir réglementaire se trouvent dans la délégation. Le législateur les pose

1. *Revue pol. et parlem.* février 1898, p. 351.

lui-même. C'est une vieille coutume, et nous avons vu qu'il n'en a jamais abusé. Dans les limites de la délégation, le Chef de l'Etat agit valablement. Les règlements d'administration publique et les règlements ordinaires ont au même degré le caractère législatif. Emanant du Chef de l'Etat, ils sont des actes administratifs et comme tels peuvent être déferés au Conseil d'Etat pour incompétence ou excès de pouvoir et les tribunaux ont le droit de vérifier leur existence légale et leur force obligatoire.

CHAPITRE XI

DE L'ABROGATION DES RÈGLEMENTS

I. En principe, l'autorité à laquelle il appartient de faire des règlements peut abroger ceux qui ont été précédemment édictés, les modifier ou les remplacer par de nouvelles dispositions.

Mais l'application de ce principe a donné lieu à des difficultés. Des contestations peuvent survenir en effet sur la nature même de l'acte qu'il s'agit de rapporter ou de modifier. Ainsi la question s'est posée de savoir si un décret réglementaire peut changer et modifier les dispositions d'une loi qui ont le caractère réglementaire, c'est-à-dire de mesures d'exécution. Nous avons vu qu'il n'y a pas de matières vouées, par leur nature, au règlement (1), que notre droit public n'a nulle part défini le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, et que ce sont là deux voisins assez mal délimités. Au milieu des incertitudes qui peuvent naître fréquemment de cette absence de règles pré-

1. V. pages 66 et suiv.

cises, il est plus sage de décider que les dispositions d'une loi ne peuvent être abrogées que par une loi. Si le législateur a cru devoir descendre à des détails, c'est qu'il leur a trouvé assez d'importance pour ne pas les abandonner à la merci de l'autorité réglementaire. Il faut respecter cette volonté. D'ailleurs tout autre système conduirait à l'anarchie, à la confusion des pouvoirs. « Voyez-vous le gouvernement épluchant les articles d'une loi, et suivant son caprice et sa fantaisie, abrogeant celui-ci, respectant celui-là, parce que l'un lui semble réglementaire et que l'autre lui paraît une loi ? En vérité, cela n'est pas possible. Tout pouvoir doit s'incliner devant l'omnipotence législative (1). » Ce serait vainement, au surplus, qu'on proclamerait cette étrange doctrine ; on serait dans l'impuissance de la faire prévaloir. Alors même que les tribunaux voudraient accepter la redoutable mission de faire exécuter des décrets réglementaires ouvertement contraires aux lois, le Parlement ne permettrait pas un pareil empiétement sur les attributions de la représentation nationale.

Mais la question ne se tranche pas aussi facilement, et elle est particulièrement délicate, lorsqu'on se trouve en présence d'actes rendus à une époque où la même autorité confondait la puissance législative et la puissance exécutive. Que décider par exemple, pour les règle-

1. Trolley, T. I, p. 167. V. Cour de cassation, 15 déc. 1834. Dalloz, 1834, 1, p. 414.

ments rendus sous forme d'édits ou d'arrêtés du Conseil du roi sous l'ancien régime ? Citons, pour la police des routes, l'arrêt du Conseil du roi du 17 juin 1721, l'ordonnance du 4 août 1731, l'arrêt du Conseil du 16 décembre 1759, etc., pour la police des cours d'eau, l'arrêt du Conseil du 24 juin 1777, etc. : Ce sont là des actes réglementaires émanés d'une autorité qui, pouvoir exécutif et pouvoir législatif à la fois, se trouvait par une seule et même décision édicter le règlement et y imprimer la sanction pénale. Ces règlements ont donc le caractère législatif dans une large mesure. Un acte du Président de la République ne pourrait évidemment modifier que les dispositions de nature réglementaire contenues dans ces édits ou arrêtés et nullement toucher aux sanctions pénales pour les abroger ou les modifier. Il faudrait une loi dans ce dernier cas. On est obligé de faire la même distinction pour les actes de la Convention et les décrets-lois du premier Empire (1). Le pouvoir exécutif peut réformer, modifier ce qui fut l'œuvre du pouvoir exécutif, il le continue ; tandis qu'il doit respecter ce qui fut l'œuvre du législateur. — Mais nous le répétons, cette question est fort délicate.

II. Nous avons vu que le Chef de l'Etat, en matière de

1. C'est ainsi qu'il a été reconnu que les décrets des 21 septembre 1807 et 28 janvier 1811 sur le factorat aux halles de Paris renfermaient des dispositions réglementaires rentrant dans la compétence du pouvoir exécutif. (Cons. d'Etat, 30 juillet 1880. D. 81, 3. 73. — Lebon, 1880, p. 703).

règlements d'administration publique, n'exerce valablement son pouvoir qu'en observant certaines formes ; il ne peut agir qu'après avoir pris l'avis de certains corps : Conseil d'Etat, Conseil supérieur de l'Instruction publique, Académie de médecine. Ces règles seraient illusoires si les actes accomplis conformément aux textes qui les prescrivent, pouvaient être rapportés ou modifiés sans qu'elles soient à nouveau suivies. Un règlement d'administration publique ne peut être abrogé ou modifié qu'avec l'observation des formes exigées pour l'édicter, et par conséquent ne pourrait l'être par un décret réglementaire ordinaire. Ici, la question de forme est une condition indispensable de légalité (1).

1. Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt dans ce sens, à l'occasion d'un décret du 21 décembre 1886 portant par erreur « le Conseil d'Etat entendu » et modifiant le règlement d'administration publique du 20 mars 1876. Ce dernier, rendu en exécution de la loi du 24 juillet 1873, disposait que les ingénieurs de 1^{re} classe des ponts et chaussées ne pouvaient être appelés à servir dans l'armée, en cas de mobilisation, qu'avec le grade de chef de bataillon. Or, le ministre de la guerre avait refusé à un ingénieur de cette classe de lui conférer ce grade. Le Conseil d'Etat a annulé sa décision : « Considérant... que le ministre de la guerre a méconnu les dispositions « des lois et décret précités ; qu'à la vérité le ministre objecte que « le règlement susvisé du 20 mars 1876 a été modifié par un décret « du 21 décembre 1886 aux termes duquel l'ingénieur de 1^{re} classe « des ponts et chaussées n'aurait droit qu'au grade de capitaine ;
« Mais considérant qu'il est établi que le dit décret n'a pas été « rendu en Conseil d'Etat ; que par suite et nonobstant toute mention contraire, il n'a pu valablement modifier le règlement du « 20 mars 1876, etc... » (arrêt du 8 janvier 1888. *Salle*).

On s'est récemment demandé si le décret du 10 août 1899 relatif

Mais il a été reconnu que le pouvoir exécutif peut, sans délégation nouvelle du législateur, modifier un règlement de cette catégorie. En effet, la délégation législative n'est pas épuisée par un premier usage de l'autorisation qu'elle confère. Cette délégation est permanente et ne peut cesser que si elle est retirée par une disposition expresse ou par le fait même de l'abrogation de la loi qui lui a donné naissance. Cette question, qui d'ailleurs n'avait jamais été discutée et paraît, en effet, peu discutable, a été résolue en ce sens, sur la demande du ministre de l'Instruction publique par un avis du Conseil d'Etat du 9 juillet 1892.

III. Nous avons dit que parfois le Président, exerçant spontanément le pouvoir réglementaire, croit devoir recourir aux lumières du Conseil d'Etat et demander son avis. Il édicte dans ce cas un règlement « rendu en la forme des règlements d'administration publique ». S'ensuit-il que, dans l'avenir, pour apporter des modifications à ce décret qui, comme les règlements d'administration publique, porte la mention « le Conseil d'Etat entendu », il soit tenu de demander à nouveau l'avis de cette haute assemblée ? Remarquons que le Président a restreint volontairement et sans y être obligé, l'exercice de son pouvoir. On ne peut raisonnablement tirer

aux conditions du travail imposées aux entrepreneurs de travaux publics, rendu sur le rapport de M. Millerand, ministre du commerce, avait pu valablement modifier le décret du 12 novembre 1882. Cela n'est pas douteux. L'un et l'autre ont été édictés en vertu de l'art. 12 de la loi du 31 janvier 1833 et soumis préalablement à l'examen de l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

argument contre lui de ses propres concessions. Ici, la forme n'est pas une condition de la légalité du décret et, par conséquent, un acte rendu en la forme des règlements d'administration publique sera valablement modifié par un décret ordinaire (1).

En résumé, il est permis de poser en principe que les règlements cessent seulement d'être exécutoires lorsqu'ils ont été, soit régulièrement rapportés, soit annulés par le Conseil d'Etat statuant au contentieux. De même que les lois, ils ne peuvent être considérés comme abrogés par cela seul que la non observation en a été tolérée ; un usage contraire à leurs dispositions, la possession même immémoriale, ne sauraient prévaloir contre eux.

1. Nous avons déjà appelé l'attention sur des décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique. Mais il s'agissait là d'une autre catégorie. C'étaient des décrets purement administratifs, individuels et spéciaux, pour lesquels le législateur exige l'intervention du Conseil d'Etat., V. p. 126.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE EN MATIÈRE COLONIALE.

Le territoire colonial de la France n'est pas soumis aux règles que nous avons posées dans la première partie de cette étude. En ce qui concerne le régime légal, il y a une différence tranchée entre ce territoire et celui de la métropole. Les lois et règlements en vigueur dans la métropole ne sont pas applicables aux colonies, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le pouvoir compétent.

Le problème que nous avons à résoudre est celui-ci : Dans quels cas une loi est-elle nécessaire ? Dans quels cas, au contraire, un acte réglementaire est-il suffisant pour fixer ou modifier la législation ou les règles d'organisation des colonies ?

A proprement parler, ce n'est pas du pouvoir régle-

mentaire qu'il s'agit ici, mais bien plutôt du pouvoir législatif du Chef de l'Etat. Nous entrons dans un domaine nouveau, dans une zone tout à fait à part. Nous allons voir la fonction législative totale exercée simultanément par deux organes différents, le Parlement et le Président de la République, ayant même autorité, même étendue de compétence.

Si, dans ce cas particulier, la terminologie des actes du Président est la même que précédemment, leur nature est complètement différente, et ses décrets réglementaires sont, dans toute la force du terme, des lois.

Ce n'est pas la constitution de 1875 qui lui attribue ces prérogatives. Nous aurons à nous demander quelle est leur origine et quelle est la valeur des textes qui consacrent une dérogation aussi extraordinaire aux principes de notre droit public.

Mais tout d'abord, il y a lieu de tracer, à grands traits, en remontant à l'ancien régime, l'évolution des principes de notre législation coloniale qui forme aujourd'hui encore une matière très complexe et pleine de difficultés.

SECTION I

Aperçu historique.

1. — Avant 1789, les colonies sont organisées et exploitées dans l'intérêt exclusif de la métropole. Le but des

entreprises coloniales est d'augmenter la richesse de la nation et l'influence politique du gouvernement. L'intérêt, les aspirations et les besoins des colonies n'entrent pas en ligne de compte : « Les colonies, est-il dit dans une instruction adressée par le roi au gouverneur de la Martinique en 1765, diffèrent autant des provinces de France que le moyen diffère de la fin. » La colonisation est une affaire. Aussi bien, à cette époque, des édits ou lettres patentes étaient la source de la législation particulière dans nos possessions. Le roi réglait tout par lui-même, ou bien il conférait certains attributs de souveraineté à des compagnies privilégiées qui gouvernaient le pays à leur guise, dans les limites imparties par leur charte, et assuraient comme elles l'entendaient les différents services administratifs, judiciaires et militaires.

2. — Les assemblées révolutionnaires entrèrent dans une tout autre voie. Elles assimilèrent de plus en plus les colonies à la métropole. La Constituante, à la date des 8-10 mars 1790, décréta que « tout en considérant les colonies comme partie intégrante de l'empire français, et en désirant les faire jouir de l'heureuse régénération qui s'y est opérée, elle n'a jamais entendu les comprendre dans la constitution qu'elle a décrétée pour le royaume, et les assujettir à des lois qui pourraient être incompatibles avec leurs convenances locales et particulières. » En même temps, elle les autorisa « à faire connaître leurs vœux sur la constitution, la législation et l'administration qui leur conviennent. » La Constituante régla

exclusivement, avec la sanction du roi, le régime de nos colonies et, par décret des 24-28 septembre 1791, fit le départ des attributions respectives de l'assemblée métropolitaine et des assemblées coloniales qu'elle créa.

3. — La Convention, qui exerçait tout à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, alla plus loin encore que la Constituante. Elle assimila totalement les établissements d'outre-mer au territoire métropolitain. Elle fixa à 34 le nombre des députés des colonies à la Convention (L. des 22-23 août 1792). D'autre part, « les colonies françaises, porte l'article 6 de la constitution du 5 fructidor an III, sont partie intégrante de la République, et sont soumises à la même loi constitutionnelle. » En conséquence, toutes les lois votées sous l'empire de cette constitution (du 22 août 1795 au 13 décembre 1799), furent *ipso facto* applicables sans distinction aux colonies qui appartenaient alors à la France. La loi du 27 pluviôse an V leur accordait 10 représentants au Conseil des Anciens et 16 au Conseil des Cinq-cents.

4. — Sous le Consulat et l'Empire, toutes ces dispositions furent modifiées et le législateur colonial changé. Les lois votées pour la métropole cessèrent d'être applicables de plein droit aux colonies. La Constitution du 22 frimaire an VIII, article 91, décide qu'elles ne seront plus soumises à la constitution générale, mais à des lois spéciales. D'ailleurs la confection de cette législation ne tarda pas à être enlevée au pouvoir législatif. Une loi du

30 floréal an X, l'attribua au pouvoir exécutif. L'article 4 porte en effet : « Nonobstant toutes les lois antérieures, le régime des colonies est soumis pendant dix ans aux règlements qui seront faits par le gouvernement ». Sans doute, la Constitution du 16 thermidor an X confia à des Sénatus-Consultes le soin de légiférer en ce qui concerne les possessions lointaines, mais la perte successive de la plupart de nos établissements fit que cette mission devînt à peu près inutile.

Napoléon, en soumettant les colonies à un régime autoritaire, avait rétabli l'état de choses antérieur à la Révolution. A partir de cette époque, le régime des décrets qu'il avait inauguré, subsistera et formera, sous les gouvernements qui vont suivre, la source la plus abondante des textes législatifs en matière coloniale.

5. — La Charte de 1814 (art. 73) décida que les colonies seraient régies par des lois et des règlements particuliers, consacrant ainsi, contrairement à l'esprit de la Révolution, la différence du territoire colonial et du territoire métropolitain. Cet article 73 contenait une lacune regrettable. Il n'indiquait pas dans quel cas on devait recourir à un acte législatif et dans quel cas à un acte réglementaire. On eut pu, il est vrai, l'interpréter conformément aux principes généraux de la Charte et décider que le domaine des lois et des ordonnances doit être le même pour les colonies que pour la métropole : si une loi est nécessaire en France, elle doit l'être également aux colonies ; dans l'hypothèse contraire, une ordonnance doit

suffire. Mais le gouvernement, pour des raisons de pratique fort impérieuse sans doute, — puisqu'aussi bien les gouvernements qui se sont succédé jusqu'à nos jours ont suivi le même exemple — s'empressa de recourir au moyen le plus commode. En fait, il ne songea pas à s'adresser au Parlement pour assurer la législation des colonies, et, c'est sous la première Restauration, que furent élaborés, sous forme d'ordonnances, les actes constitutifs des colonies. (Ordonnance de 1826, par Bourbon ; de 1826 et 1827, pour la Martinique et la Guadeloupe ; de 1828, pour la Guyane). Ces règlements avaient jeté les bases fondamentales d'une organisation qui subsiste encore aujourd'hui.

Mais cette façon de procéder souleva de vives protestations. On fit observer qu'elle dénaturait le sens rationnel de la Charte et M. Dupin, notamment, se plaignit que les ministres eussent toujours interprété l'art. 73 comme permettant de soumettre les colonies, non à l'action régulière de la législation, mais à l'action instable des règlements les plus bizarres (1).

6. — Pour donner satisfaction à ces critiques, l'art. 64 de la Charte de 1830 posa le principe que les colonies seraient régies par des lois particulières. Le mot « règlements » que portait celle de 1814, fut supprimé. Cette modification était conforme à la déclaration de la

1. Paul Dislère, *Répertoire du droit administratif*, V^e Colonies n. 70, note 1.

Chambre des députés de 1830 qui demandait que l'on recourût dorénavant à un régime de lois appropriées à l'état des colonies et qu'on les soumît à un système progressif d'amélioration. Mais ce fut là une modification de texte. En réalité, rien ne fut changé. Dès le 23 août, une ordonnance décidait que les députés des colonies seraient dorénavant nommés par les conseils généraux. Le 24 février 1831, ce fut une ordonnance également qui abrogea les décrets coloniaux restreignant à l'égard des personnes libres de couleur la jouissance des droits civils.

Cependant on songea à régler législativement la Constitution coloniale. Mais la loi qui fut promulguée le 24 avril 1833, viole très nettement l'article 64 de la Charte. Cet article 64 remettait en effet exclusivement au pouvoir législatif le soin de déterminer le régime de nos colonies. Or, ces prescriptions ne furent pas suivies et le législateur se dépouilla en partie, au profit du pouvoir exécutif, de l'exercice de ces prérogatives.

Quelle était l'économie de la loi de 1833 ?

Elle ne s'appliquait qu'à la Martinique, à la Guadeloupe, à la Réunion et à la Guyanne. Elle créait, dans ces colonies, des conseils coloniaux, véritables petits parlements locaux qui avaient le droit de rendre, sur toutes matières, à moins d'exception contraire (art. 4), des décrets sur la proposition du gouverneur et soumis à la sanction du roi.

Par exception seulement, dans les cas les plus importants, il devait être statué par le pouvoir législatif du

royaume, et, pour les objets jugés moins importants, par ordonnances royales.

L'article 2 énumérait, sous cinq numéros, les matières pour les quelles une loi était nécessaire :

1° Exercice des droits politiques ; 2° lois civiles et criminelles concernant les personnes libres et lois pénales portant la peine de mort pour les personnes non libres ; 3° pouvoirs des gouverneurs en matière de police et de sûreté générale ; 4° organisation judiciaire ; 5° commerce, régime douanier, répression de la traite.

L'article 3 indiquait les matières qui étaient de la compétence des ordonnances royales ; 1° organisation administrative, sauf le régime municipal ; 2° police de la presse ; 3° instruction publique ; 4° milices ; 5° affranchissements et recouvrements ; 6° améliorations à introduire dans la condition des personnes non libres compatibles avec les droits acquis ; 7° dispositions pénales applicables aux personnes non libres dans les cas n'emportant pas la peine capitale ; 8° acceptation des dons et legs aux établissements publics.

Ce régime était spécial aux quatre grandes colonies qui avaient des conseils coloniaux. Pour les autres, l'article 25 et dernier portait : « Les établissements français dans les Indes orientales et en Afrique et l'établissement de pêche de St-Pierre et Miquelon continueront d'être régis par ordonnance du roi ».

Telles étaient les dispositions essentielles de cette loi de 1833, qu'on appela la *Charte coloniale*. Elle faisait,

comme on le voit, une large part aux ordonnances royales. Nous sommes là en présence d'une délégation législative incontestable et dont le caractère est d'autant plus remarquable que, précisément la modification de l'article 73 de la Charte de 1814 avait été déterminée par une protestation contre la pratique des ordonnances. On essaya de justifier cette dérogation en disant que les établissements soumis au régime des règlements étaient trop peu importants pour fixer l'attention du législateur et qu'en réalité ils constituaient moins de véritables colonies que de simples comptoirs. Quelle que soit la valeur de cette explication, il n'en est pas moins vrai que le législateur s'était déchargé en partie sur le pouvoir exécutif de la fonction qui lui avait été dévolue par la Charte. Cet exemple est à retenir pour l'ajouter à d'autres que nous aurons l'occasion de mentionner.

7. — La Révolution de 1848 apporta une modification radicale à l'organisation des colonies. Les conseils coloniaux furent supprimés et des commissaires généraux furent investis d'une partie des attributions devenues vacantes et même des pouvoirs que le gouvernement avait conservés. Leurs arrêtés devinrent provisoirement la source principale de la législation coloniale. Mais c'était là un état purement transitoire.

Lors de la discussion de la Constitution, M. Victor Schœlcher demanda que les colonies fussent placées sous l'empire de la Constitution métropolitaine. Mais son amendement ne fut pas adopté et l'art. 109 décida : « Le ter-

ritoire de l'Algérie et des colonies est déclaré territoire français, et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente Constitution ». Mais le coup d'Etat du 2 décembre 1851 vint empêcher la réalisation de cette promesse.

8. — A partir de ce moment, les colonies ne furent plus considérées comme faisant partie de la République. De simples décrets statuèrent, durant cette période dictatoriale, sur toutes les matières légales ou réglementaires intéressant nos établissements d'outre-mer.

La Constitution du 14 janvier 1852 qui inaugura le régime impérial portait dans son article 27 ces simples mots : « Le Sénat règle par un Sénatus-Consulte : 1° La constitution de l'Algérie et des colonies. 2°... » On revenait, en cette matière, comme en toutes autres, aux traditions du premier Empire.

En conséquence du principe posé par l'art. 27, deux Sénatus-Consultes intervinrent, celui du 3 mai 1854 et celui du 4 juillet 1866.

Le premier règle d'une manière générale la constitution des colonies. Le second ne fait qu'apporter certaines modifications concernant les attributions des conseils généraux. Le Sénatus-Consulte de 1854 doit être l'objet d'une étude toute particulière, puisqu'aussi bien il forme, encore aujourd'hui, la base de notre régime colonial.

SECTION II

Le Sénatus-Consulte du 3 mai 1854.

Il divise les colonies en deux catégories : d'une part, la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, de l'autre, toutes les autres colonies.

Pour les premières, les articles 3 à 9 déterminent, suivant la plus ou moins grande importance des matières, la nature des actes législatifs qui doivent intervenir : Sénatus-Consultes ; décrets délibérés en Conseil d'Etat ; décrets simples.

Pour les autres, au contraire, l'article 18 les soumet exclusivement au régime des décrets simples.

Reprenons cette division.

a). *Antilles et Réunion.*

1. — Des Sénatus-Consultes sont nécessaires pour statuer sur les matières où sont impliqués les principes essentiels de notre législation. L'art. 3 du Sénatus-Consulte en donne l'énumération : L'état civil des personnes ; la distinction des biens et les différentes modifications de la propriété ; les contrats et les obligations conventionnelles en général ; les manières dont s'acquiert la propriété : par succession, donation entre vifs, testament, contrat de mariage, vente, échange et prescription. Cette catégorie de matières correspond aux principaux titres du Code civil.

L'article 3 énumère également divers objets de droit public ; L'exercice des droits politiques ; l'institution du jury ; la législation en matière criminelle ; l'application aux colonies du principe de recrutement des armées de terre et de mer.

Tels sont les différents points qui sont soumis à l'action législative du Sénat impérial. Cette énumération est strictement limitative. La jurisprudence a reconnu qu'on ne saurait l'étendre aux matières qui n'y sont pas explicitement mentionnées. Ainsi par les mots « législation en matière criminelle », il convient d'entendre uniquement les dispositions pénales. Un décret suffirait, par conséquent, pour modifier l'organisation judiciaire en matière criminelle ou pour établir des peines correctionnelles. Mais pour les dispositions pénales visant des infractions qualifiées crimes, la compétence légale est absolue. Le Conseil d'Etat saisi de l'examen d'un projet de décret tendant à promulguer, avec quelques modifications, les lois des 22 juillet 1867 et 19 décembre 1871 sur la contrainte par corps, a reconnu qu'une loi seule pouvait faire cette promulgation (1).

1. ... Considérant que les lois des 17 avril 1832 et 13 décembre 1848, sur la contrainte par corps, ayant été promulguées et étant encore exécutoires dans les colonies précitées, dans les dispositions qui n'ont pas été modifiées par le décret du 6 décembre 1869 promulguant l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867, la promulgation intégrale de cette dernière loi aurait pour effet de modifier la législation en matière criminelle ;

Considérant en effet que la contrainte par corps est, depuis la

Nous disons une *loi*, car aujourd'hui, il n'y a plus de Sénatus-Consultes et c'est une loi qui statue dans tous les cas énumérés par l'article 3. C'est ainsi que pour rendre applicable aux Antilles et à la Réunion une loi de la métropole visant l'une des matières de l'art. 3, il faut toujours, à défaut d'un Sénatus-Consulte, une disposition législative. Un simple décret ne pourrait, dans ce cas particulier, opérer cette extension.

2. — Les articles 4 et 5 du Sénatus-Consulte confient à des *lois*, et, dans l'intervalle des sessions, à des décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique devant être plus tard convertis en lois, le *régime commercial* des colonies.

Comment interpréter le sens de ces mots ? S'appliquent-ils à toute la législation en matière commerciale ? Cette question vaut d'être examinée. En effet, s'il en était ainsi, les dispositions de cet article seraient encore en vigueur aujourd'hui, en partie seulement, car l'article 2 du Sénatus-Consulte du 4 juillet 1866 avait donné aux conseils généraux le droit de voter les tarifs d'octroi de

loi du 24 juillet 1867, un mode d'exécution de la peine de l'amende... ;

Considérant que l'amende est, aux termes de l'article 41 du Code pénal une peine commune aux matières criminelles et correctionnelles... ;

Est d'avis :

Que la question soulevée ne saurait être résolue que par la voie législative.

Conseil d'Etat. Finances et législation, 1^{er} juillet 1884.

mer et de douane. Pour toutes les autres questions commerciales une loi serait donc nécessaire. Pour donner cette portée à l'article 4, on faisait remarquer qu'il ne contient aucune exception, que la compétence du corps législatif en matière commerciale devait être aussi complète à l'égard des colonies qu'à l'égard de la métropole (1), que lors de la discussions du Sénatus-Consulte en 1866, M. Delangle indiquait les octrois de mer et les tarifs de douane comme « l'une des matières qui se rattachent au régime commercial ».

Mais ce système, qui confond le régime commercial avec la législation commerciale, n'a pas prévalu. Et ce n'est pas dans un sens aussi compréhensif qu'il faut entendre les termes de l'art. 4. Si les règlements relatifs au commerce international et aux relations commerciales avec la métropole ont été, en 1854, placés dans les attributions du pouvoir législatif, le pouvoir exécutif a conservé toute latitude pour légiférer en ce qui concerne le Code de commerce. Cette interprétation a toujours été admise jusqu'ici et affirmée très nettement par un avis du Conseil d'Etat qui, consulté sur la question de savoir si la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique devait être rendue applicable aux colonies par une loi, répondit négativement (2).

1. Rapport sur le Sénatus-Consulte de 1854.

2. Considérant... que — de même que dans l'art. 3, il (Le Sénatus-Consulte) n'a pas fait entrer tous les titres du Code civil, et que le Code de procédure civile en a été nommé exclu — dans

Il résulte de là qu'il y a lieu de considérer les art. 4 et 5 du Sénatus-Consulte de 1854 comme ayant été abrogés totalement par l'art. 2 du Sénatus-Consulte de 1866.

Ce dernier texte, il est vrai, a été abrogé à son tour par la loi du 11 janvier 1892, mais cette loi générale des douanes se suffit à elle-même et n'a pu ressusciter le texte antérieurement abrogé du Sénatus-Consulte de 1854 et en particulier le droit que l'art. 5 de ce Sénatus-Consulte donnait au pouvoir exécutif de statuer par décret, en cas d'urgence, dans l'intervalle des sessions (1).

En résumé, aujourd'hui, la loi de 1892 a réglé les conditions économiques et fiscales des échanges entre les colonies et les autres pays. Le pouvoir exécutif reste com-

l'art. 4, l'expression « régime commercial des colonies » n'a pas été employée pour désigner l'ensemble des lois commerciales, mais seulement celle des dispositions législatives qui concernent *les conditions économiques et fiscales des échanges entre les colonies et les autres pays* ; que, par conséquent, le Code de commerce et les lois relatives à l'organisation et à la police du commerce, doivent être considérés comme compris dans l'article 6 du Sénatus-Consulte ;

Considérant que par son article 8, le Sén.-Cons. de 1854 accorde au pouvoir exécutif la faculté d'appliquer aux colonies par des décrets, les lois métropolitaines concernant les matières énumérées dans l'art. 6.

Sont d'avis :

Que le pouvoir exécutif peut rendre applicables aux colonies, par simple décret, les lois en matière commerciale promulguées dans la métropole.

Conseil d'Etat. Finances et intérieur. 1^{er} juillet 1873.

1. Arthur Girault. *Principes de colonisation et de législation coloniale*, p. 323.

pétent pour statuer sur toutes les autres questions en matière commerciale.

3. — L'article 6 du Sénatus-Consulte détermine les points pour lesquels un décret rendu « le Conseil d'Etat entendu » est nécessaire : la législation en matière civile, correctionnelle et de simple police, sauf les réserves prescrites par l'art. 3, l'organisation judiciaire, l'exercice des cultes, l'instruction publique, le mode de recrutement des armées de terre et de mer, la presse, les pouvoirs extraordinaires des gouverneurs en ce qui concerne les mesures de haute police et de sûreté générale, l'administration municipale, les matières domaniales, le régime monétaire, le taux de l'intérêt et les institutions de crédit, l'organisation et les attributions des pouvoirs administratifs, le notariat, les officiers ministériels et les tarifs judiciaires, l'administration des successions vacantes.

Ce sont seulement les actes édictant des dispositions nouvelles ou apportant des modifications aux lois métropolitaines que l'on se propose d'appliquer aux colonies, qui doivent faire l'objet de décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique. Un décret simple suffirait, sans qu'il soit besoin de l'avis préalable du Conseil d'Etat, s'il s'agissait de transporter aux colonies, sans aucun changement, une loi quelconque en vigueur dans la métropole et statuant sur l'un des cas énumérés dans l'art. 6. L'article 8, en effet, pour simplifier la procédure, décide : « Des décrets de l'Empereur peuvent

ordonner la promulgation dans les colonies, des lois de la métropole concernant les matières énumérées dans l'art. 6. » Il serait excessif de prendre à la lettre les mots « sans aucun changement ». Il s'agit là de modifications de fond, non de forme. Il est évident qu'on ne pourrait dire qu'il y a modification dans une loi par le seul fait qu'on aura tenu compte de la différence de dénomination des autorités dans les colonies et dans la métropole et substitué dans un texte « conseil privé » au lieu de « conseil de préfecture ». « gouvernement » au lieu de « préfet » etc.

4. — Les décrets simples constituent d'ailleurs, aux termes de l'article 7 du Sénatus-Consulte, le régime de droit commun. La part des Sénatus-Consultes, des lois, des décrets en Conseil d'Etat est faite limitativement par les articles 3, 4 et 6. En toute autre circonstance, ce sont des décrets ordinaires qui doivent régler la législation et l'organisation des trois anciennes colonies.

L'article 7 est ainsi conçu : « Des décrets de l'empereur règlent : 1° l'organisation des gardes nationales et des milices locales ; 2° la police municipale ; 3° la grande et la petite voirie ; 4° la police des poids et mesures. *Et, en général, toutes les matières non mentionnées dans les articles précédents, ou qui ne sont pas placées dans les attributions des gouverneurs.* »

Il résulte de ce texte que le principe, c'est le décret simple. L'exception, c'est l'intervention du Sénat impérial, du Corps législatif ou du Conseil d'Etat.

5. — Nous sommes déjà loin des limites que nous avons assignées aux prérogatives du Chef de l'Etat exerçant dans la métropole le pouvoir réglementaire. Pour trouver trace d'un pouvoir de même nature, il faut mentionner les attributions des gouverneurs. D'après l'article 9, ces fonctionnaires coloniaux « rendent des arrêtés et des décisions pour régler les matières d'administration et de police et pour l'exécution des lois, règlements et décrets promulgués dans la colonie. » C'est le gouverneur qui, dans la colonie, est investi d'une compétence équivalente à celle du Président de la République dans la métropole, pour assurer l'exécution de la législation principale. Celle-ci est l'œuvre du pouvoir exécutif, la législation secondaire subordonnée, l'œuvre du gouverneur.

b) *Autres colonies.*

6. — Il s'agit ici de toutes les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion. La constitution qui régit les établissements d'outre-mer est très simple. Elle réside uniquement dans l'article 18 du Sénatus-Consulte de 1854 : « Elles seront régies par décrets de l'Empereur, jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un Sénatus-Consulte ».

Le Sénatus-Consulte annoncé n'est jamais intervenu. Ce sont donc des décrets simples qui fixent, à tous les points de vue, la législation et l'organisation de ces établissements d'outre-mer. Jamais l'intervention du législateur, ni celle du Conseil d'Etat n'est exigée.

Cet article 18 ne fait que rééditer la règle posée antérieurement par l'article 25 de la loi de 1833, mais avec cette différence notable que celui-ci ne s'appliquait qu'à quelques colonies sans grand développement, tandis que le principe posé par l'article 18 du Sénatus-Consulte de 1854 s'applique de plus à la Guyane et à toutes les possessions acquises depuis cette époque jusqu'à nos jours, et même, comme nous le verrons, aux pays de protectorat.

7. — Ainsi donc, le Sénatus-Consulte de 1854 donne au pouvoir exécutif des attributions législatives d'une étendue considérable. Si l'on songe que sous l'empire de la Constitution de 1852, la responsabilité solidaire des ministres n'existait pas et que celle de l'Empereur n'était qu'une responsabilité de façade, le gouvernement, à cette époque, était le maître absolu de régir, comme il l'entendait, notre empire colonial. Le régime de 1833 était beaucoup plus libéral. D'abord il faisait une part plus grande à l'intervention du législateur, et ensuite tout acte du gouvernement pouvait être l'objet d'un contrôle du Parlement et mettre en jeu la responsabilité ministérielle. Ces garanties n'existant plus sous le second Empire, le système colonial était donc éminemment autoritaire.

Il nous faut rechercher maintenant comment il a pu subsister jusqu'à nos jours et se concilier avec les principes de notre Constitution de 1875.

SECTION III

Valeur légale du Sénatus-Consulte de 1854. Conséquences. — Promulgation et publication des décrets aux colonies.

1. — Sous le second Empire, le Sénat étant chargé de compléter et de modifier la Constitution par des actes soumis à la sanction de l'Empereur et promulgués par lui, était un pouvoir constituant. Or, l'art. 27 de la Constitution de 1852 mettait sur la même ligne les Sénatus-Consultes réglant le régime des colonies et les Sénatus-Consultes complétant la Constitution de la France. Celui du 3 mai 1854, par conséquent, avait la même force que tel autre texte constitutionnel. Il s'imposait au Corps législatif et au pouvoir exécutif, qui, l'un et l'autre, étaient tenus de respecter la répartition des fonctions qu'il avait opérée. Aussi bien, il ne pouvait être modifié que par un acte de même nature.

Son caractère constitutionnel n'étant pas douteux, comment se fait-il qu'il soit encore en vigueur aujourd'hui.

Il y a là un cas tout particulier. En effet, il est admis que, par le seul fait d'une révolution triomphante — insurrection populaire ou coup d'Etat — les constitutions antérieures tombent immédiatement et perdent leur force de plein droit. Telle est la tradition constante. D'après cela, le Sénatus-Consulte de 1854, eût dû logiquement disparaître après la révolution du 4 septembre 1870,

en même temps que la Constitution impériale dont il était une annexe.

Il n'en a rien été cependant. C'est que la doctrine française, en vertu d'une distinction, assurément très utile, parvient à sauver certaines dispositions des constitutions abolies. Malgré les révolutions et les changements opérés dans la forme de l'Etat, les lois ordinaires subsistent tant qu'elles n'ont pas été explicitement ou implicitement abrogées par des lois nouvelles. Or, il arrive que les constitutions contiennent des dispositions qui, par leur objet sont plutôt du domaine de la législation ordinaire que de la législation constitutionnelle, mais qui sont insérées dans leur texte dans le but de leur donner plus de force et une stabilité plus grande. Eh bien ! il est convenu que les dispositions de cette nature survivent à la constitution et ne disparaissent pas avec elle. On les assimile à des lois simples, ce qu'elles sont au fond, et on les ramène à la qualité de celles-ci. Dorénavant, ayant perdu la force de lois constitutionnelles, elles peuvent, comme toutes autres lois, être modifiées par le législateur lui-même.

C'est ainsi que l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII statuant sur la responsabilité des fonctionnaires, a pu subsister jusqu'en 1870, où un décret-loi du Gouvernement de la défense nationale l'a abrogé. C'est ainsi également que l'art. 5 de la Constitution de 1848, abolissant la peine de mort en matière politique, a survécu à la constitution qui l'édicteait.

C'est en vertu des mêmes principes que l'on considère le Sénatus-Consulte de 1854, comme étant toujours en vigueur (1).

Ce moyen juridique excellent pour sauver des textes ayant le caractère de lois ordinaires, n'est peut-être pas d'une solidité à toute épreuve, appliqué au cas qui nous occupe. Il nous paraît en effet difficile de décider que les dispositions de ce Sénatus-Consulte aient, par leur objet, la nature d'une loi ordinaire, sans doute, la loi de 1833 avait réparti de même, entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif des attributions aussi importantes. Mais il semble bien que c'est là plutôt le rôle du pouvoir constituant que du pouvoir législatif. Rappelons-nous d'ailleurs que la loi de 1833 a été rendue en violation de l'art. 64 de la Charte.

La vérité est que, après 1870, si le Sénatus-Consulte de 1854 eût été considéré comme aboli, on se fût trouvé en présence d'une lacune inadmissible : aucune règle pour établir le régime des colonies. Il a donc subsisté provisoirement, parce qu'on ne pouvait s'en passer. Et cette existence de fait, imposée par la nécessité, a été, comme il arrive parfois, enveloppée d'une sorte de voile juridique qui commande plus de respect.

Quoi qu'il en soit, d'après les lois constitutionnelles de 1875, le Président de la République n'a d'autres pouvoirs

1. Esmein, *Eléments de droits constitutionnel*, p. 384 et 385, note 4.
— Cf. Arthur Girault, *op. cit.*, p. 325 et suiv.

en matière coloniale que les pouvoirs généraux qu'il tient de l'art. 3 de la loi du 25 février : « Il surveille et assure l'exécution des lois ». Or, en supposant que le Sénatus-Consulte de 1854 ait survécu à titre de loi ordinaire, on est obligé d'en conclure que cette loi ordinaire a délégué au Président de la République des attributions législatives d'une importance énorme. Ce qui prouve une fois de plus que la théorie juridiquement vraie, d'après laquelle toute délégation faite par le législateur au pouvoir exécutif est inconstitutionnelle, ne peut s'adapter que fort difficilement parfois aux contingences des événements et des faits (1).

Quand des circonstances impérieuses l'exigent, il peut y avoir et il y a en effet, avec les constitutions écrites, des accommodements qui finissent par revêtir, en quelque sorte, le caractère de règles coutumières. Aussi bien nous sommes obligés d'admettre — ce qui est plus raisonnable que juridique — que le Sénatus-Consulte de 1854 est toujours en vigueur, qu'il est *déconstitutionnalisé* et n'a plus d'autre force que celle d'une loi ordinaire.

Il découle de là certaines conséquences.

2. — Les Chambres ont recouvré par là même le droit absolu de légiférer en matière coloniale. Elles ne sont plus obligées de tenir compte de la répartition des attri-

1. Si, en effet, on appliquait strictement, en ces matières, ce principe de droit public, il en résulterait que tous les décrets législatifs, sans exception, rendus par le Président de la République, seraient entachés d'inconstitutionnalité.

butions que, en tant que texte constitutionnel, le Sénatus-Consulte de 1854 avait établie entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Elles peuvent statuer dans tous les cas où un Sénatus-Consulte, un décret en Conseil d'Etat ou un décret simple étaient exigés.

Ainsi, l'art. 6 n° 8 du Sénatus-Consulte avait rangé l'administration municipale parmi les matières qui doivent nécessairement être réglées par décret en Conseil d'Etat. Or, la loi du 5 avril 1884 a pu décider, par son article 165, que toutes ses dispositions seraient applicables à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion.

De même, pour toutes les autres possessions et malgré l'article 18, les Chambres peuvent évoquer le droit de régler toutes les matières qui les concernent. C'est ainsi que plusieurs lois ont été expressément déclarées applicables, par le législateur lui-même, à toutes les colonies : d'une manière générale, les lois du 29 juillet 1881, sur la presse (art. 69), du 28 mars 1882, sur l'élection des maires (art. 3), du 27 mai 1885, sur les récidivistes (art. 20), du 15 novembre 1887, sur la liberté des funérailles (art. 6), etc...; et sous certaines restrictions, les lois du 15 juillet 1889, sur le recrutement de l'armée (art. 81), du 11 janvier 1892, sur le régime douanier, etc...

Toutes ces lois empiétant sur la sphère d'action réservée au pouvoir exécutif, l'ont réduite d'autant du même coup. Ce dernier en effet n'a plus le droit de statuer relativement à une matière sur laquelle le législateur s'est une fois prononcé. C'est ainsi, par exemple, que l'art. 165

de la loi précitée du 5 avril 1884, implique la modification, sur ce point, de l'art. 6 du Sénatus-Consulte de 1854. Dorénavant toutes les questions d'organisation municipale relèvent de l'autorité du législateur.

Mais d'autres cas moins nets que celui-là peuvent se présenter. Qu'arrivera-t-il si une loi modifie ou s'approprie les dispositions d'un décret. Va-t-elle par là même donner à ce décret une valeur légale et le gouvernement, dès lors, n'aura-t-il plus le droit d'agir, en cette matière, par voie réglementaire ? Ce cas s'est présenté, par exemple, en ce qui concerne la loi sur la contrainte par corps. La loi du 8 janvier 1877 ayant, dans son article 6, maintenu le principe des ateliers de discipline et réglé certains détails de fonctionnement des ateliers, le Conseil d'Etat a vu, dans ce fait, une évocation par le pouvoir législatif de la répression du vagabondage. En conséquence, il a émis l'avis que les prescriptions relatives à la contrainte par corps ne pouvaient plus, dorénavant, être modifiées que par voie législative (1). Nous sommes là en présence du principe général posé dans la première partie de cette étude, à savoir qu'un décret réglementaire ne peut jamais altérer ou modifier les dispositions d'une loi.

3. — De ce que les Chambres ont recouvré le droit de

1.... Considérant, d'ailleurs, que la loi du 8 janvier 1877, tout en modifiant le fonctionnement des ateliers de travaux publics, a maintenu les décrets, règlements et arrêtés relatifs à la police du travail et à la répression du vagabondage.... ; qu'on ne saurait par un décret rendu en Conseil d'Etat, prendre des dispositions contraires à une loi postérieure au S. C. de 1854.

régler toutes les questions intéressant les colonies, on tire une conséquence qu'il importe de signaler. M. Arthur Girault dit, à ce propos, qu'elles peuvent user de leur droit pour déléguer le pouvoir de statuer sur une matière déterminée, soit au pouvoir exécutif, soit aux assemblées locales. Une délégation législative au pouvoir exécutif, cela se voit assez fréquemment, mais à des assemblées locales ; le cas est plus intéressant. Et il en existe un exemple.

Ce cas, analogue à celui des règlements d'administration publique établis en exécution de dispositions spéciales, est celui de la loi du 14 février 1872, sur le régime forestier de la Réunion. L'Assemblée nationale — assemblée souveraine, il est vrai — a donné au conseil général de cette colonie le droit de faire un règlement édictant des pénalités pour les infractions relevant du tribunal de simple police et du tribunal correctionnel. Ce règlement devait être rendu provisoirement exécutoire par arrêté du gouverneur en conseil privé ; il devenait, de plein droit, exécutoire, si, dans le délai de six mois à dater de son vote, son exécution n'était pas suspendue ou prohibée par décret du Président de la République rendu en conseil des ministres. Enfin, il avait définitivement force de loi, ne pouvait plus être modifié que dans la forme législative si, dans le délai de trois ans, il n'était pas modifié ou annulé par une loi. C'est ce qui est arrivé : le règlement a été mis en application le 25 février 1874, et, aucune loi n'étant intervenue, il a aujourd'hui force de

loi. Mais la délégation consentie au conseil général était une délégation une fois donnée et il n'aurait plus aucun droit aujourd'hui pour modifier ce règlement. Aussi lorsqu'on a voulu y apporter un léger changement, a-t-il été nécessaire de recourir à une loi (loi du 26 juillet 1894).

Mais cette loi de 1872 — et nous rentrons ici dans notre sujet — pouvait-elle être rendue applicable à d'autres colonies par voie de décret ? Le gouvernement l'a pensé, puisqu'il a décidé, par un décret du 25 février 1873, de l'étendre à la Martinique. Mais il est permis, dit M. Paul Dislère, de discuter la légalité de cette mesure. Le régime des eaux et forêts, sur lequel le conseil général de la Martinique se trouvait ainsi appelé à légiférer, ne comprend pas seulement la répression des délits forestiers ; il peut encore donner lieu à des mesures portant une atteinte quelconque aux droits de propriété. A ce titre, la réglementation rentre dans le nombre de celles réservées au pouvoir législatif. Or, les lois votées pour la métropole ou pour une colonie déterminée, ne peuvent être rendues applicables à un autre établissement par un décret simple que lorsqu'elles s'appliquent à des matières rentrant dans la catégorie de celles pour lesquelles un décret en Conseil d'Etat aurait le pouvoir de légiférer. C'est uniquement une simplification de formalités qu'a voulu l'article 8 du Sénatus-Consulte de 1854, et non pas la substitution, dans ce cas, du pouvoir exécutif au pouvoir législatif. Le décret du 25 février

1873 ne nous semble donc pas conforme aux principes posés par la constitution coloniale (1).

4. — En résumé, les Chambres ont pleins pouvoirs en matière coloniale. D'une part, des matières leur sont spécialement réservées par le Sénatus-Consulte de 1854, et de l'autre, elles évoquent, quand bon leur semble, celles qui sont du domaine du pouvoir exécutif. En fait, cependant, les décrets forment la source, de beaucoup la plus abondante, de la législation coloniale. Et le chef de l'Etat demeure, comme par le passé, le législateur de droit commun.

En dehors des exceptions que nous venons de signaler, ses pouvoirs, cependant, sont encore soumis à quelques autres restrictions. C'est ainsi, par exemple, qu'il serait dans l'impossibilité d'engager les finances de l'Etat sans un vote du Parlement. Sa compétence se heurte également aux dispositions constitutionnelles qui décident que nulle cession, nul échange, nulle adjonction, de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi (article 8 de la loi du 16 juillet 1875). D'après cela, il est évident que, malgré l'article 18 du sénatus-consulte qui soumet toutes les nouvelles colonies au régime exclusif des décrets, le chef de l'Etat ne pourrait, sans le consentement du Parlement, les céder ou les échanger, en tout ou en partie, à une autre puissance.

1. *Répertoire de droit administratif*. V. Colonies, n° 262, p. 471, 2^e colonne. — Le conseil général de la Martinique n'a jamais, d'ailleurs, statué sur les matières indiquées par la loi de 1872.

5. — Le gouvernement, par voie de décret, pourrait-il créer des compagnies privilégiées, ce qu'en Angleterre on appelle des *Compagnies à charte* ? Ces compagnies, on le sait, exercent divers attributs de souveraineté. C'est ainsi qu'elles peuvent lever des impôts, rendre la justice, gouverner et administrer le pays, entretenir une force de police, réprimer les insurrections et conclure des traités avec les chefs indigènes etc...

Ces droits, le Président de la République les a tous, à l'égard des colonies autres que les Antilles et la Réunion, en vertu de l'article 18 du sénatus-consulte de 1854. La question est donc celle-ci : Le chef de l'Etat peut-il les déléguer à une compagnie d'actionnaires ? On peut soutenir que le Président de la République n'a pas, en propre, ces différents pouvoirs, comme les a, par exemple, le Parlement anglais, qu'il en a seulement l'exercice et que, par conséquent, il ne peut se décharger de la fonction qui lui a été confiée par la constitution coloniale sur un autre organe, quel qu'il soit.

Mais le législateur lui-même ne pourrait-il pas faire ce qui paraît interdit au Chef de l'Etat ? Nous avons vu que le Sénatus-Consulte déconstitutionnalisé, c'est-à-dire une loi ordinaire, avait pu déléguer au titulaire du pouvoir exécutif l'exercice de prérogatives considérables. Ce précédent accepté, on ne voit pas pourquoi le législateur ordinaire ne pourrait pas déléguer, en tout ou en partie, l'exercice des mêmes prérogatives à une société d'actionnaires.

Lorsque la question fut soulevée en 1891, le Gouvernement s'arrêta à cette solution, mais par des considérations tout autres que celles que nous venons d'indiquer. Le Conseil supérieur des colonies, se basant sur des raisons de pratique et estimant qu'il y avait intérêt à créer sans délai des compagnies privilégiées, dans le but de devancer en Afrique les nations rivales, était d'avis que le gouvernement pouvait agir directement par voie de décret. Mais celui-ci fut pris de scrupules. Il aurait cru manquer d'égards envers les Chambres, en prenant seul cette initiative hardie. Il résolut de demander au Parlement le vote d'une loi l'autorisant, d'une manière générale, à créer des compagnies privilégiées par décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique. Un projet fut présenté dans ce sens au Sénat (1). Ce projet, qui d'ailleurs a été abandonné, permettait, en réalité, une sous-délégation de pouvoirs.

On en a combattu, il faut le dire, la légalité avec beau-

1. Art. 1^{er}. Des compagnies privilégiées, formées en vue de coloniser et de mettre en valeur les territoires situés dans les possessions françaises ou placés sous l'influence de la France, peuvent être constituées par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique.

Art. 2. — Ces décrets détermineront, pour chaque cas particulier, la durée de la concession, les causes de déchéance ou de résiliation, le territoire concédé à la compagnie, les avantages et privilèges qui lui seront accordés, et les obligations qui lui seront imposées, notamment, s'il y a lieu, en ce qui concerne l'exécution des travaux publics.

Sénat. Annexes 1891 *Journal officiel*, p. 432 à 449.

coup d'énergie : « Est-ce là une loi organique bonne ou mauvaise, disait M. Cauwès, que le gouvernement soumet au Sénat ? Non, ce qu'il demande, c'est un blanc-seing. Le pouvoir législatif n'est requis que d'une seule chose : laisser carte blanche au pouvoir exécutif (1) ». Et il émettait des doutes graves sur la possibilité d'une pareille délégation.

Qu'il y ait là une dérogation aux principes généraux de la Constitution de 1875, cela n'est pas contestable. Mais du moment qu'on reconnaît aux Chambres, en matière coloniale, un pouvoir propre et absolu, émanant d'une source tout à fait à part, la justification de ce projet n'est pas impossible.

On a objecté également qu'il était inadmissible que les Chambres pussent permettre au gouvernement de rompre, par des aliénations partielles et temporaires de la souveraineté, l'unité du territoire français. L'article 8 de la loi constitutionnelle ne distingue pas entre le territoire colonial et le territoire métropolitain. Comment le gouvernement qui ne pourrait céder à un état étranger, sans une loi spéciale, un îlot de quelques hectares perdu dans le Pacifique, pourrait-il abdiquer les droits de notre pays sur des territoires immenses dont quelques-uns sont grands comme la France elle-même ?

Telle est l'objection dans toute sa force. On peut répon-

1. Cauwès. Les nouvelles compagnies de colonisation. *Revue d'économie politique*. Janvier 1892. — J. Leveillé. *Les compagnies souveraines de colonisation*.

dre tout d'abord que les auteurs de la Constitution de 1875, pas plus d'ailleurs que ceux du Sénatus-Consulte de 1854, n'ont prévu le cas des compagnies privilégiées, ensuite que les aliénations à intervenir seraient faites, non pas au profit d'un Etat étranger, mais d'une compagnie de colonisateurs français, et que de plus elles ne seraient ni complètes, ni définitives. Le projet de loi, en effet, prévoit des causes de déchéances et de résiliation.

On peut, par des raisons d'opportunité, combattre l'organisation de compagnies privilégiées. Mais s'il était démontré qu'elles pussent fournir un instrument utile et capable d'assurer la mise en valeur et la prospérité de nos établissements d'outre-mer, rien, en droit, ne nous semble devoir empêcher aujourd'hui qu'on n'en tente l'essai. Notre constitution coloniale, au point de vue juridique, étant essentiellement chaotique, les systèmes les plus divers peuvent être soutenus avec une égale apparence de raison.

6. — Le pouvoir exécutif peut-il légiférer par voie de décret, en ce qui concerne les pays de protectorat ? Deux systèmes ont été présentés. D'après une opinion qui semble avoir prévalu, on ne fait aucune distinction entre les colonies proprement dites et les pays de protectorat. La limite qui sépare ces deux formes de colonisation, est dit-on, des plus indécises. Il peut arriver, et le fait se produit pour certains territoires de l'Indo-Chine et de nos possessions de l'Afrique occidentale, que le protectorat masque à peine une véritable annexion. Au fond,

ce qu'il y a de nouveau dans le protectorat, c'est souvent le mot plus encore què la chose. Il importe donc peu que le législateur de 1854 en ait ou non parlé. L'article 18 vise toutes nos possessions et peut être étendu aux pays de protectorat sans que cette application doive être tenue pour inexacte ou abusive.

D'après un autre système, l'on attache plus de prix — avec raison d'ailleurs, — à la différence qui existe entre les colonies et les pays de protectorat, et l'on cherche à justifier le régime des décrets d'une autre façon. S'il est possible, dit-on, pour les pays placés sous l'influence de la France, de substituer au régime de la loi, celui des décrets, on ne peut baser la légitimité de cette pratique sur l'art. 18 du Sénatus-Consulte de 1854. Cette intervention du pouvoir exécutif ne peut s'expliquer que par la loi même qui a précédé la ratification du traité de protectorat. Les Chambres en effet, ont autorisé le Président de la République à « ratifier » et à faire « exécuter le traité ». Et c'est en vue de cette exécution que toute une série de mesures est, dans la suite, consacrée par décrets (1).

Il n'y a là, en définitive qu'une discussion théorique, les deux opinions aboutissant, par des moyens différents, au même résultat. Le deuxième système pourtant pourrait donner lieu, à l'occasion, à certaines difficultés. Il

1. Wilhelm. Théorie juridique des protectorats. *Journal de droit international privé*, p. 193,

peut arriver, et cela s'est vu plus d'une fois, que les traités d'une importance secondaire, qui étendent par exemple notre protectorat à des peuplades indigènes de l'Afrique, ne soient ratifiés que par décret. Faudrait-il donc décider, dans ce cas, qu'en l'absence d'une ratification par les Chambres, le pays placé sous notre influence ne pourrait être régi que par des lois et non pas par des décrets ? Cette conséquence est inadmissible (1).

Quoiqu'il en soit, pour toutes les matières dont la réglementation est abandonnée au souverain du pays protecteur par le traité de protectorat, le pouvoir exécutif peut légiférer par voie de décret. Les pays protégés sont, à ce point de vue, assimilés aux colonies, et l'art. 18 du Sénatus-Consulte de 1854 est toujours visé dans les actes qui interviennent(2).

7. — Les lois et décrets relatifs aux colonies ne sont pas exécutoires par le seul fait de l'arrivée, dans la colonie, du *Journal officiel* dans lequel ils sont insérés ; il faut *de plus* une promulgation spéciale par le Gouverneur.

Les gouverneurs ne sont soumis à aucune règle en ce

1. A. Duchène. *Le régime législatif des colonies* (Thèse de doctorat). Paris 1893.

2. La question s'est posée de savoir si le ministre des colonies peut, par des arrêtés, prendre part, d'une façon générale, à la législation coloniale ? Il ne peut prendre d'arrêtés en dehors des cas pour lesquels une délégation spéciale lui est donnée par des actes législatifs ou réglementaires postérieurs au Sénatus-Consulte de 1854. Les délégations résultant d'actes antérieurs ont été abrogés par l'art. 19 de ce Sén. Cons., et par conséquent, un arrêté ministériel rendu en vertu de ces délégations serait illégal.

qui regarde les délais de promulgation. Il en résulte qu'ils peuvent retarder indéfiniment la mise en vigueur de la loi ou du décret. Ils ne sont en ce cas responsables que devant le ministre qui, d'ailleurs, peut leur donner l'ordre de promulguer dans un délai déterminé.

L'arrêté de promulgation doit être publié par le gouverneur dans le *Journal officiel* de la colonie. L'art. 3 du décret du 15 janvier 1853 a déterminé les délais dans lesquels les lois et décrets y seraient exécutoires après publication. Le gouverneur peut d'ailleurs, en cas d'urgence, déclarer un décret immédiatement exécutoire, à la condition de rendre un arrêté spécial à cet effet, et de prescrire des mesures de publicité exceptionnelles.

SECTION IV

Critiques et projets de Réformes.

1. — Tels sont, sans plus de détails, les principes généraux de notre constitution coloniale. Le Président de la République y est armé de pouvoirs tels qu'on a pu dire qu'en ces matières le principe fondamental de la séparation des pouvoirs était comme inexistant.

Il ne s'agit plus ici, en effet, comme dans la métropole, d'accomodement, de collaboration exceptionnelle de deux organes, de distinction du plus ou du moins. Il ne s'agit

plus de législation complémentaire ou de l'organisation des détails d'application d'une loi. En matière coloniale, le Chef de l'Etat a reçu, d'un texte particulier, le pouvoir de légiférer, « de fixer par de grandes vues comme parle Portalis, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences ». Ici, sans doute, la fonction législative est encore partagée entre deux organes, dont l'un, le Parlement, demeure encore l'organe directeur et le maître d'évoquer le règlement de toutes matières. Mais tandis que, dans la métropole, il concède à l'autre par abandon tacite ou délégation expresse le droit de statuer sur certains objets, ici le Chef de l'Etat n'apparaît plus comme un organe auxiliaire mais comme un organe rival qui tient du même texte des attributions de même nature, aussi larges, aussi générales et expressément déterminées. Aussi les actes du Président de la République, statuant par décrets simples, sont-ils bien, dans ce cas tout spécial, des lois véritables ayant la même force, la même autorité que celles qui émanent du Parlement. Mais ce régime est une anomalie dans notre droit public (1).

1. M. Esmein déclare que la théorie qu'il a émise sur la délégation législative n'est vraie que pour le territoire continental de la France. (*Eléments de droit constitutionnel* p. 478). De même M. Berthélemy dans son article de la *Revue politique et parlementaire* (février 1898) prévient que ses déductions ne peuvent s'appliquer au pouvoir réglementaire du Président de la République statuant pour les colonies.

La Constitution de 1875 n'a pas prévu l'étendue d'une pareille compétence, et, pour la justifier, on est obligé, en vue d'assurer la survivance du texte qui la fonde, de dépouiller le Sénatus-Consulte de 1854 de son caractère constitutionnel. Il devient loi ordinaire. Et chose étrange ! cette loi ordinaire a la vertu particulière de conférer au Président de la République des prérogatives qu'il ne peut tenir, en droit, que du pouvoir constituant, de sorte que le Sénat impérial, par delà le tombeau, collaborait, sans le savoir, avec l'Assemblée nationale de 1875, au moment précis où il était question des fonctions à répartir entre le Président de la République et les Chambres législatives ! Il n'y a rien assurément de plus déraisonnable au point de vue constitutionnel et de plus contradictoire. Ce régime, qui défie le bon sens, a cependant subsisté et subsiste encore, parceque, en dépit des objections d'ordre constitutionnel qu'il soulève, il a un mérite très appréciable : celui d'exister et, par là même, de permettre aux pouvoirs publics d'organiser nos colonies avec une indépendance entière et sans gêne d'aucune sorte. Aussi bien, si nous l'examinons au fond, le Sénatus-Consulte de 1854 ne mérite pas un jugement aussi sévère.

On a prétendu, qu'il mettait certaines colonies dans une situation singulière. La Martinique, la Guadeloupe, l'Inde et la Réunion ont des représentants au Sénat et à la Chambre des députés, la Guyanne, la Cochinchine et le Sénégal, à la Chambre des députés seulement. Ces représentants, dit-on, discutent et votent des lois desti-

nées avant tout à la métropole et demeurent totalement étrangers à des actes qui, sous un autre nom et dans une autre forme, auront force de loi vis-à-vis de leurs électeurs.

Sans doute, il y a là quelque chose d'anormal. Mais il ne faut pas exagérer ce point de vue. Les sénateurs et députés des colonies, comme tous les autres membres du Parlement, ne sont pas représentants de leurs circonscriptions, mais du pays tout entier (1). D'autre part, ils collaborent à des lois dont l'application sera souvent étendue aux colonies qui les ont nommés. Et, en ce qui concerne les décrets, s'ils n'ont pas à participer à leur confection, ils sont en situation d'exercer sur le gouvernement un contrôle très efficace, en critiquant ses actes sous forme de questions ou d'interpellations, et, par ce moyen, de conseiller, d'imposer parfois telles modifications qui paraîtront utiles dans l'intérêt des colonies.

Il est incontestable que l'étendue du pouvoir réglementaire du Président de la République est en contradiction formelle avec le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs. Mais, en matière coloniale, le régime des décrets peut avoir sa raison d'être et une grande utilité, lorsqu'il s'agit de donner à des possessions nouvelles une organisation sommaire toute provisoire. Il est nécessaire souvent d'agir rapidement et d'opérer, dans un court intervalle de temps, les modifications imposées par les

1. Constitution du 5 septembre 1791. Tit. III, ch. 1^{er} sect. III, art. 7.

circonstances. La loi obligerait à des lenteurs préjudiciables aux intérêts mêmes qu'il s'agit de sauvegarder.

Pour les colonies déjà formées, il est désirable que la loi, qui a plus de stabilité, statue sur les matières « où sont impliqués les principes mêmes de notre législation ». C'est précisément ce que décide le Sénatus-Consulte de 1854 pour certaines d'entre elles et ce que les Chambres ont toute latitude de faire pour toutes les autres. On ne peut cependant oublier que la population de ces établissements est composée d'éléments différents et vit dans des conditions tout autres que la population de la métropole, avec des passions souvent plus ardentes, avec des divisions de races que nous ne connaissons guère. Le gouvernement, étant donné l'éloignement de ces pays, est souvent mieux placé que le Parlement pour savoir ce qui s'y passe. Les moyens d'information dont il dispose lui permettent de suivre les transformations qui s'opèrent soit dans les mœurs, soit dans les besoins de ces colonies. Il sera toujours plus difficile au Parlement de se prononcer avec une égale compétence sur ces points nombreux de législation coloniale. Et puis, il faut le dire, en France tout repose sur le principe de la souveraineté nationale. Nous ne sommes tenus d'obéir qu'aux lois votées dans la forme qu'exige la mise en œuvre de ce principe fondamental. Il ne peut en être de même aux colonies où l'application de ce principe ne saurait apparaître avec le même caractère de rigueur impériuse. Autant de différences dont il importe de tenir compte,

autant de raisons qui militent en faveur du maintien partiel tout au moins, du régime des décrets. Elles ont bien leur valeur.

Mais on objecte que ce système est déraisonnable à des titres divers : « Il a pour objet, dit M. Leroy-Beaulieu, de soustraire aux représentants naturels de la nation l'examen qui touche gravement les intérêts nationaux présents et futurs ; c'est donc un empiétement du pouvoir exécutif sur les attributions essentielles de la représentation nationale ; il a pour conséquence, en outre, de faire artificiellement le silence autour des questions coloniales, de les enterrer sans bruit, ou de les trancher avec le minimum possible de discussions et d'informations ; il excite, par conséquent, à très juste titre, la défiance et le mécontentement des colons (1) ».

Sans doute, il serait souhaitable, pour les possessions suffisamment développées, que le régime d'assimilation soit de plus en plus appliqué. On a proposé d'établir en principe que toutes les lois métropolitaines seraient exécutoires dans les colonies, sauf disposition contraire. Ce serait peut être excessif. Des lois spéciales peuvent être souvent nécessaires. Et, au surplus, est-il donc indispensable d'édicter une règle générale ? Les Chambres n'ont-elles pas pleins pouvoirs en matière coloniale ? Ne leur appartient-il pas de réduire, quand il leur plait, le champ d'action du pouvoir exécutif en évoquant les matières qui

1. Paul Leroy-Beaulieu. *De la colonisation chez les peuples modernes*, p. 830.

rentrent dans ses attributions ? Si elles ne retirent pas au gouvernement, autant que certains le désirent, les prérogatives qui lui sont reconnues, c'est qu'apparemment, leur temps étant déjà absorbé par les préoccupations législatives et politiques de la métropole, elles ne se soucient pas de s'adonner à l'examen de questions nouvelles, qui exigent d'ailleurs des connaissances spéciales et des informations de première main.

2. — Pour concilier ces différentes considérations, on a émis le vœu très séduisant de la création d'une assemblée spéciale, sorte de parlement colonial. Les délégués des colonies auxquels s'adjoindraient des Sénateurs et des Députés élus par leurs collègues, constitueraient cette assemblée où ils partageraient avec le gouvernement le droit d'initiative. Leurs décisions prendraient le titre d'actes coloniaux et, à moins d'être déferés aux Chambres, devraient être promulgués par le gouvernement.

Ce projet réaliserait la combinaison ingénieuse de l'assimilation et de l'autonomie. Comme les électeurs de la métropole, les français d'outre-mer verraient élaborer leurs lois par leurs représentants. Nos colonies en réalité se gouverneraient elles-mêmes, mais au lieu d'une autonomie locale, qui peut amener une séparation complète, elles recevraient, pour ainsi dire, une autonomie collective, réunissant et rapprochant auprès de l'autorité centrale l'ensemble de nos possessions (1).

1. Paul Dislère, *Note sur l'organisation des Colonies*. Annexe n° 2.

Pour réaliser ce projet, une révision de la Constitution de 1875 serait indispensable. Cet obstacle serait le moindre de ceux qu'on peut envisager. La nouveauté et la hardiesse même de la réforme semblent devoir ne lui laisser qu'une chance très restreinte de succès.

3. — Quoi qu'il en soit, il y a lieu de mettre notre régime colonial d'aujourd'hui en harmonie avec nos lois constitutionnelles. Et, à cet effet, la procédure de révision est également nécessaire. Sous le régime d'une constitution écrite, tous les grands organes de l'Etat ne peuvent tenir leurs fonctions que de la constitution même qui les crée, et, si l'on doit maintenir au Président de la République le droit de légiférer dans certains cas, au moyen de décrets, ce pouvoir extraordinaire ne peut lui être attribué que par le Congrès investi du pouvoir constituant. Il serait désirable — et c'est par ce vœu que nous terminerons — que les saines traditions juridiques reprissent enfin leur empire en matière coloniale, pour mettre fin à toutes les anomalies que nous avons signalées et qui résultent de la juxtaposition artificielle d'un texte mort à nos lois de 1875.

Vu par le président de la thèse,

F. LARNAUDE.

Vu par le doyen,

GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Division du sujet	1

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I.

Nature juridique des règlements.

<i>Section I.</i> — Notions générales sur les lois et règlements	5
<i>Section II.</i> — De l'organe investi de la fonction réglementaire	15

CHAPITRE II

Le pouvoir réglementaire au cours du siècle.

I. L'ancien régime.	24
II. La Constitution de 1791. Proclamations. Instructions détaillées	25
III. La Convention et la Constitution de l'an III . . .	28
IV. La Constitution de l'an VIII. Le Sénat conservateur. Les décrets lois	30
V. La Charte de 1814. L'article 14. Les ordonnances de	

juillet, Révolution de 1830. Amoindrissement du rôle du Conseil d'Etat	32
VI. La Charte constitutionnelle de 1830. Le <i>bill of rights</i>	38
VII. La Constitution de 1848. Le pouvoir propre du Conseil d'Etat. M. Valette et M. Vivien	42
VIII. Le second Empire. Constitution de 1852. Sénatus-Consulte du 21 mai 1870	45
IX. Constitution de 1875. Résumé	47

CHAPITRE III

Des conditions de forme auxquelles est soumis l'exercice du pouvoir réglementaire.

I. Contreseing des ministres	49
II. Le rôle du Conseil d'Etat	51
III. Amendement Savoye-La-Caze en 1872.	54

CHAPITRE IV

De la force exécutoire des règlements.

<i>Section I.</i> — Promulgation et publication	57
<i>Section II.</i> — Sanction pénale	60

CHAPITRE V

Décrets réglementaires proprement dits. Limites du pouvoir réglementaire.

I. Difficultés. Y-a-t-il des matières vouées à la loi et des matières vouées au règlement ?	64
II. Triage des décrets du gouvernement de la Défense nationale	69
III. Principes généraux. Matières réservées traditionnellement à la loi. <i>a)</i> Les pouvoirs publics. <i>b)</i> Impôts et finances publiques. <i>c)</i> Droit criminel. <i>d)</i> Droits publics. <i>e)</i> Droits privés	71

IV. Y-a-t-il des matières réservées au règlement ? La loi limite	83
--	----

CHAPITRE VI

Décrets réglementaires proprement dits (*suite*). Garanties et voies de recours.

<i>Section I.</i> — Garanties d'intérêt général	86
I. Responsabilité politique des ministres	87
II. Responsabilité pénale. La Cour de justice en 1830.	
Le Code pénal.	89
III. Droit de pétition	92
<i>Section II.</i> — Voies de recours contre les règlements .	93
I. Recours gracieux	93
II. Recours en annulation. Ses effets. Conditions de recevabilité. Cas d'excès de pouvoir	94
III. Pouvoir des tribunaux judiciaires. 1. Sa nature.	
2. Son origine. 3. Conditions et jurisprudence. 4. Ses limites	102

CHAPITRE VII

Application dans le passé des règles précédentes.

<i>Section I.</i> — Actes irrégulièrement rendus par des pouvoirs réguliers.	112
I. Les décrets du premier Empire et la Cour de cassation	113
II. Les ordonnances de la Restauration et de la monarchie de juillet	118
III. Les décrets réglementaires du second Empire . .	118
<i>Section II.</i> — Actes rendus par des pouvoirs irréguliers.	121
I. Actes du gouvernement provisoire de 1848. . . .	121
II. Les décrets-lois de 1851-1852	122
III. Actes législatifs du Gouvernement du 4 septembre.	123

CHAPITRE VIII

Règlements d'administration publique. Différents systèmes.

I. Division du sujet	125
II. Premier système. Effets de la délégation législative.	128
III. Deuxième système. Les délégations législatives impossibles. Les constitutions écrites et le Parlement anglais.	
Déduction du principe en droit administratif.	137

CHAPITRE IX

Règlements d'administration publique (*Suite*). Examen critique des systèmes.

<i>Section I</i>	144
I. La séparation des fonctions dans la pratique . . .	145
II. Délégations législatives tacites. Délégations expres-	
ses	152
III. Résumé. Garanties contre les délégations excessives.	171
<i>Section II</i>	172
I. Conséquences contraires au droit.	172
II. Précepte de moralité politique	176

CHAPITRE X

Règlements d'administration publique (*Suite*). Conclusion.

CHAPITRE XI

De l'abrogation des règlements.

I. Dispositions réglementaires d'une loi.	187
II. Abrogation ou modification des règlements d'administration publique	189
III. <i>Id.</i> des règlements en la forme des règlements d'administration publique	191

DEUXIÈME PARTIE.

CHAPITRE UNIQUE

Le pouvoir réglementaire en matière coloniale.

<i>Section I.</i> — Aperçu historique.	194
<i>Section II.</i> — Le Sénatus Consulte du 3 mai 1854. . . .	203
<i>Section III.</i> — Valeur légale du Sénatus-Consulte de 1854. Conséquences. Promulgation et publication des dé- crets aux Colonies	212
<i>Section IV.</i> — Critiques et projets de réformes. . . .	227
Table des matières	235

